This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc-4

Xerokopieren aus konservatorischen Gründen nicht erlaubt
Nur im Lesesaal benützbar

Digitized by Google

<36609031920019

<36609031920019

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

Jur. 8. 152 hc-4

Corbeil, typographie et stéréotypie de Crété.

1182

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

WOLOWSKI
Professeur au conserv. des Arts et Métiers.

V. MARCADÉ
Ancien avocat à la Cour de cassation.

PAUL PONT
Président du Tribunal civil de Corbeil

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Premier avocat général à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Inspecteur général des Facultés de droit.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation.

DELANGLE
Premier président de la Cour impér. de Paris.

ROULAND
Procureur général à la Cour impér. de Paris.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au Collége de France.

KOENIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

FL. MIMEREL
Avocat au conseil d'Etat, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

REVERCHON
Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

BERGSON
Avocat, Docteur en droit.

JOUSSELIN
Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

TOME IV. — 4me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1854

Digitized by Google

de l'un de nos honorables collaborateurs [1], mais uniquement pour y rattacher une question spéciale qui nous paraît d'un assez grand intérêt pratique, bien qu'elle soit encore sans précédents, à notre connaissance du moins, dans la doctrine et dans la jurisprudence.

D'ailleurs, autant qu'il nous est permis d'affirmer en cette matière, la question soumise au conseil d'Etat ne présente plus dans l'état actuel de la jurisprudence une difficulté sérieuse. Il s'agissait de savoir si les autorisations d'accepter les dons et legs faits aux établissements de bienfaisance sont autre chose que de simples actes de tutelle administrative, qui fassent obstacle à ce que les tiers produisent devant l'autorité judiciaire les droits qu'ils prétendent avoir. Le conseil d'Etat s'est prononcé pour la négative et il a décidé, en conséquence, que ces autorisations ne peuvent être l'objet d'un recours devant lui par la voie contentieuse. En cela, le conseil d'Etat n'a fait que confirmer ses propres précédents; et il nous semble que ce point ne peut plus être contesté avec quelque chance de succès.

Mais c'est une question plus délicate de savoir si l'art. 11 de la loi des 7-13 août 1851, s'applique aux legs *universels* faits par testament olographe ou mystique en faveur des hospices, en ce sens que les hospices doivent, pour s'assurer les fruits même avant de demander l'autorisation dont ils ont besoin pour accepter, faire l'acceptation à titre conservatoire indiqué par le dit article.

Nous rappellerons d'abord le texte de la loi; l'article 11 précité s'exprime en ces termes : « Le président de la commission des hospices et hôpitaux peut toujours, à titre conservatoire, accepter, en vertu de la délibération de la commission, les dons et legs faits aux établissements charitables. Le décret du pouvoir exécutif ou l'arrêté du préfet qui interviendra *aura effet du jour de cette acceptation.* »

Maintenant, voici l'hypothèse. Le sieur N... laisse un testament olographe dans lequel, après avoir fait divers legs particuliers, il institue pour son *légataire universel* l'hospice de Corbeil, par exemple. Le testateur n'a pas laissé d'héritier à réserve; mais divers membres de sa famille, héritiers légitimes, lui ont survécu. L'hospice légataire a formé sa demande pour être autorisé à

[1] M. Jousselin est spécialement chargé de l'examen doctrinal en ce qui concerne les décisions administratives.

Digitized by Google

accepter ; mais il doit subir les lenteurs ordinaires à ces sortes d'affaires. Cependant, le legs est important ; les fruits en sont considérables. L'hospice en sera-t-il privé pendant tout l'intervalle de temps qui va séparer l'ouverture de la succession de l'acceptation que l'autorisation administrative lui permettra de faire ? Ces fruits seront-ils recueillis pendant tout ce temps par les héritiers légitimes que le testateur a dépouillés? Et l'hospice, légataire universel institué, n'y aura-t-il droit, même avant cette autorisation, qu'à la condition de faire cette acceptation provisoire dont il est question dans l'art. 11 de la loi des 7-13 août 1851 ?

Telle est la question : elle nous a été soumise, une première fois, en 1852; elle vient de nous être proposée encore une seconde fois. Elle a donc un véritable intérêt d'application, et nous pensons qu'il ne sera pas inutile d'indiquer, ici, en la développant, la solution que nous avons donnée.

La position et les droits du légataire universel sont nettement définis et réglés par la loi dont les dispositions, du reste, sont le résultat d'une discussion approfondie.

Dans la pensée première des rédacteurs du Code, ou au moins des auteurs du projet, la saisine devait être laissée, d'une manière absolue, aux héritiers légitimes, qui auraient été chargés de distribuer les legs, même les legs universels. Les auteurs du projet avaient suivi, en ce point, les données de la législation coutumière, dont ils étaient plus particulièrement imbus. D'autres idées prévalurent, dans la discussion. Les jurisconsultes des pays de droit écrit, excipant de l'usage de leurs provinces, dans lesquelles l'héritier testamentaire était toujours saisi, firent remarquer que lorsque l'homme dispose en vertu du pouvoir qui lui est donné par le législateur, sa volonté doit être exécutée plus scrupuleusement que la disposition de la loi dont cette volonté vient prendre la place, et qu'ainsi la maxime le *mort saisit le vif* doit être appliquée dans le sens de cette volonté. Ils proposèrent, en conséquence, d'attribuer la saisine à l'héritier testamentaire, avec d'autant plus de raison, disaient-ils, qu'on proscrivait à l'avance, par ce moyen, les mauvaises difficultés qu'un héritier légitime, qui ne serait investi que pour être bientôt dépossédé par l'héritier testamentaire, ne manquerait pas d'élever pour se maintenir en possession. La proposition fut accueillie : seulement à la fin d'une discussion sur laquelle nous ne croyons pas utile d'insister davantage, on proposa de faire une distinction (qui a

Digitized by Google

été faite en effet) entre le cas où il existerait des héritiers à réserve et celui où il n'en existerait pas.

Ainsi, la règle générale est que l'héritier institué ou le légataire universel est saisi de plein droit par la mort du testateur ; c'est ce que décide l'art. 1006 du Code Napoléon : mais il y a exception, pour le cas où les droits de ce légataire sont réduits par l'effet de la présence d'un héritier en faveur duquel la loi a établi une réserve ; la saisine, dans ce cas, appartient à celui-ci pour le tout, et le légataire universel doit lui demander la délivrance : c'est ce que décide l'art. 1004 du même Code.

Le droit du légataire universel aux fruits est réglé d'après ces données.

En thèse générale, ces fruits suivent le sort du principal, c'est-à-dire qu'ils profitent au légataire universel, et lui sont acquis à compter du décès du testateur ; et, dans l'hypothèse même où ce légataire se trouvant en concours avec un héritier réservataire la saisine est donnée à ce dernier, il recueille, lui légataire, les fruits à dater du décès du testateur pourvu qu'aux termes de l'art. 1005, il forme sa demande en délivrance dans l'année à compter de ce décès. A plus forte raison le droit aux fruits a-t-il la même date pour point de départ, lorsque le légataire est en présence d'héritiers non-réservataires : c'est lui qui, en ce cas, est saisi de plein droit par le décès du testateur ; ce décès lui transmet donc, avec la propriété, le droit aux fruits sans distinction ni réserve : et ce droit est le même, soit que le testament ait été fait en la forme authentique, soit qu'il ait été fait en la forme olographe ou mystique. Car, si la nature du titre, dans ce dernier cas, a paru devoir rendre nécessaire l'intervention de la justice dans une certaine mesure ; si le légataire ne peut pas se mettre en possession par lui-même ; si, suivant l'art. 1008, il y doit être envoyé par une ordonnance du président ; toujours est-il que cette ordonnance n'est pas attributive, mais simplement déclarative du droit apparent que le testament seul a créé. Les fruits reviennent donc, même en cette dernière hypothèse, au légataire à compter du décès du testateur, et cela, quel que soit l'intervalle qui se serait écoulé entre ce décès et l'envoi en possession, (sauf, bien entendu, les règles ordinaires de la prescription), puisque l'art. 1008 n'impose au légataire aucune condition de temps. Il ne pourrait y avoir d'autre exception au principe que l'exception fondée sur l'art. 549 du Code Napoléon, celle où les héritiers du

Digitized by Google

sang ignorant l'existence du testament qui les dépouille, seraient en possession de bonne foi des biens de la succession.

Ceci posé, on comprend que le testament dont nous nous occupons, ne donnerait lieu à aucune difficulté, si le légataire institué avait, nous ne dirons pas, la capacité de recevoir, mais le libre exercice de cette capacité.

En effet, le testateur n'a pas laissé d'héritiers à réserve, nous le supposons; il a fait un legs universel, et il a choisi, pour le faire, la forme du testament olographe. Nous sommes donc pleinement dans le cas des art. 1006 et 1008 du Code Napoléon. Par suite, les fruits appartiennent au légataire à partir du décès du testateur, et dût l'envoi en possession que ce légataire doit obtenir, à raison de la forme de l'acte qui l'institue, n'être pas demandé de longtemps, les fruits ne lui en sont pas moins inévitablement acquis, sauf le droit, pour les héritiers du sang, d'invoquer le bénéfice de l'art. 549, sauf aussi le droit qu'aurait le légataire de leur opposer l'art. 550 s'il était établi que ses compétiteurs, bien qu'ils possédassent, connaissaient le vice de leur possession, en ce que, par exemple, l'existence du testament qui les avait dépouillés n'était pas ignorée.

Et maintenant, de ce que le légataire serait un être moral, spécialement un hospice, s'en suivrait-il que la solution dût être différente? Nous ne le pensons pas. A la vérité, l'art. 910 du Code Napoléon dit que « les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale. » Mais cet article ne crée pas une incapacité; il n'est ni dans son esprit ni dans sa lettre d'en créer une. Ce n'est pas dans son esprit, puisque dans une hypothèse donnée, celle de l'autorisation, l'article proclame la validité des dispositions gratuites; ce n'est pas dans sa lettre, car loin de dire, comme il le dirait assurément d'un établissement qui n'aurait pas d'existence civile en ce qu'il ne serait pas reconnu par la loi, que les hospices sont incapables de recevoir, il dit seulement que les dispositions gratuites *n'auront effet*, à leur égard, que sous la condition d'une autorisation administrative. L'art. 910 ne crée donc pas une incapacité. Que fait-il alors? Il se borne à restreindre ou à suspendre dans son exercice une capacité qui existe en principe. La lettre de la loi est, d'ailleurs, très-expressive en ce sens. Les dispositions, dit-elle, n'auront effet qu'*autant qu'elles seront autorisées*; ces disposition sont donc

Digitized by Google

valables en elles-mêmes; seulement l'effet en est suspendu: le gouvernement se réserve un droit d'examen, il veut, dans un intérêt général et aussi dans l'intérêt des familles, connaître la nature et la quantité de biens que la disposition va mettre hors du commerce ; il veut aussi comparer les facultés du disposant avec les besoins de sa famille, pour s'opposer, s'il y a lieu, aux excès condamnables. Mais qu'en fin de compte, l'autorisation soit accordée par le gouvernement et la disposition *aura effet*, suivant l'expression de la loi. Et quel effet aura-t-elle? Evidemment l'effet qui est propre à sa nature, et par conséquent, s'il s'agit d'un legs universel, comme dans le cas qui nous occupe, l'effet d'investir l'hospice et de lui attribuer, sans réserve, toutes les prérogatives attachées à cette classe de legs. Tout ce que nous disions tout à l'heure du légataire ordinaire, sur la saisine, sur le droit aux fruits, sur l'impossibilité pour les héritiers du sang qui seraient en possession d'exciper de leur bonne foi si on pouvait leur opposer la connaissance qu'ils auraient eue du vice de leur titre, tout cela doit se dire, avec la même raison, en faveur de l'hospice légataire, puisque par l'effet de l'autorisation que nous supposons obtenue, l'hospice est désormais, non-seulement sous le rapport de la capacité, mais encore sous celui de l'exercice de cette capacité, l'égal de tout autre légataire.

Et voilà pourquoi nous pensons que le droit de l'hospice, dans cette situation, subsiste de lui-même, et indépendamment de toute acceptation anticipée ou provisoire. Assurément un légataire ordinaire, institué par testament olographe ou mystique, n'aurait pas besoin, pour s'assurer les fruits à dater du décès du testateur, d'accepter provisoirement, dans le cas où, par une circonstance quelconque, l'envoi en possession qu'il doit obtenir aux termes de l'art. 1008, serait retardé. Pourquoi donc l'acceptation provisoire serait-elle plus nécessaire à l'hospice gratifié d'un legs universel? Nous n'y voyons, pour notre part, aucun motif raisonnable. A la vérité, la loi spéciale des 7-13 août 1851, étendant aux hospices la mesure introduite par les lois de 1837 et de 1838 en faveur des établissements communaux et départementaux, a permis, par l'art. 11 ci-dessus transcrit, d'accepter à titre conservatoire les dons et legs faits aux hospices, en ajoutant que « le décret du pouvoir exécutif ou l'arrêté du préfet qui interviendrait *aurait effet du jour de cette acceptation.* » Mais cette faculté que la loi donne aux hospices est toute en leur faveur; et, à no-

Digitized by Google

tre avis, on ne saurait, sans la plus grave inconséquence, voir dans le texte qui la consacre, une prescription générale et absolue de laquelle il résulterait, par exemple, que le legs, même universel, doit être provisoirement accepté, afin que l'autorisation administrative intervenant ensuite, l'acceptation puisse donner cours aux fruits.

Il est par trop évident que ce que la loi de 1851 a voulu, c'est fournir aux hospices un moyen de s'assurer au plus tôt le bénéfice d'une disposition gratuite dans tous les cas où cette disposition ne peut produire tous ses effets légaux sans une manifestation d'intention de la part de la personne gratifiée. Ainsi, une donation n'est valable qu'autant qu'elle est acceptée par le donataire. Or, un hospice ne pouvant, d'après l'art. 937 du Code Napoléon, accepter une donation sans y être préalablement autorisé, la loi de 1851 est intervenue et elle a dit aux hospices: « N'attendez pas l'autorisation administrative pour accepter une donation, faites une acceptation provisoire et le bénéfice de la donation, son émolument utile, vous sera acquis à partir de cette acceptation, par dérogation à l'art. 937, si l'autorisation administrative vous est ultérieurement accordée. » — Ainsi encore, un legs particulier ne donne droit aux fruits qu'à dater de la demande en délivrance. Mais cette demande étant nécessairement retardée, pour les hospices, par la nécessité où ils sont de se faire autoriser à recevoir la chose léguée, la loi de 1851 est intervenue, et elle a dit aux hospices: « N'attendez pas l'autorisation administrative pour accepter un legs particulier; acceptez à titre conservatoire et l'autorisation survenant ensuite, les fruits vous seront acquis à partir de votre acceptation provisoire par dérogation à l'art 1014 du Code Napoléon. »

Voilà tout ce qu'a pu vouloir la loi de 1851. Par cela même nous concluons qu'en parlant des legs, elle n'a pas eu en vue les legs universels; et nous nous arrêtons à cette conclusion par deux raisons également décisives.

La première, c'est que statuant, comme toutes les lois, sur les cas les plus ordinaires, la loi de 1851 n'a dû prévoir que les legs particuliers, ces sortes de legs étant ceux qu'on fait ordinairement en faveur des hospices.

La seconde, c'est que la loi n'aurait pu supposer que les fruits, même à l'égard d'un legs universel, ne seraient acquis à l'hospice qu'à partir d'une acceptation provisoire, sans aller directe-

Digitized by Google

ment contre son but. Ce legs donnant, en principe, droit aux fruits à partir du décès du testateur, la loi qui ne les ferait partir que du jour de l'acceptation ferait perdre aux hospices tous ceux qui auraient couru depuis le décès du testateur jusqu'au jour de l'acceptation, et ainsi, elle nuirait aux hospices qu'elle a eu en vue, au contraire, de favoriser. Cela est certainement inadmissible.

Ainsi donc, les hospices institués légataires *universels* n'ont pas à se préoccuper de l'art. 11 de la loi de 1851, lequel article n'est pas fait pour ce cas; ils n'ont qu'à demander devant qui de droit l'autorisation dont ils ont besoin pour recueillir, et attendre, sans agir autrement, le résultat de cette demande. L'autorisation survenant ensuite, elle remontera au décès du testateur; et les hospices exerceront, par rapport aux fruits, leur droit en conséquence.

2.—Mais il peut se produire une situation particulière, qu'il n'est pas sans intérêt de prévoir. L'autorisation sollicitée par un hospice, ne lui est pas toujours accordée purement et simplement: il arrive parfois que l'autorisation est limitée, en ce sens que le gouvernement déterminé soit par la position des héritiers du testateur, soit par toute autre considération, diminue l'importance de la disposition faite en faveur de l'hospice, en l'autorisant à recueillir cette disposition soit dans la mesure d'une quote part, comme la moitié, le tiers, le quart, soit dans la mesure d'une somme déterminée, par exemple jusqu'à concurrence de 10,000 fr. Les hospices, légataires universels, ont-ils intérêt, en vue de cette situation possible, à faire l'acceptation à titre conservatoire dont il est parlé dans l'art. 11 de la loi de 1851 ?

La raison de douter est que le résultat une fois acquis et connu par l'événement de l'autorisation administrative, les héritiers légitimes pourraient avoir la pensée de dire aux hospices: « Vous êtes désormais légataires à titre particulier, ou même légataires particuliers; dès lors votre droit aux fruits est déterminé par l'art. 1014, et faute par vous d'avoir fait une acceptation provisoire, dans les termes de l'art. 11 de la loi de 1851, les fruits ne vous seront attribués qu'à dater de la demande en délivrance que l'autorisation administrative vous impose désormais l'obligation de former. »

Mais ce point de vue dans lequel se placeraient les héritiers légitimes est, à notre avis, compéltement inexact; il procède

Digitized by Google

d'une fausse appréciation de l'effet que l'autorisation est appelée à produire; cette autorisation peut bien changer quelque chose à l'importance du legs, mais elle n'en saurait changer le caractère. Encore une fois cela résulte du texte même de l'art. 910 Code Napoléon, aux termes duquel les dispositions au profit des hospices doivent *avoir leur effet* en tant qu'elles sont autorisées. Leur effet ! ce n'est donc pas un effet quelconque basé sur l'autorisation et les restrictions qu'elle peut contenir, mais l'effet propre à la disposition elle-même. Ainsi quoi qu'il arrive, le titre des hospices, pour venir à la succession du testateur, ce sera toujours le testament fait par celui-ci. Or, par l'effet de ce testament, le décès du testateur a saisi les hospices, sauf l'autorisation à intervenir, puisque l'acte contient un legs *universel* à leur profit dans l'hypothèse prévue par l'art. 1006, celle où le testateur ne laisse pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi. Une autorisation qui réduirait l'émolument de la disposition ne peut rien changer au caractère légal de l'acte.

Nous voulons bien qu'en raison d'une telle autorisation, l'hospice ne recueillera pas l'universalité des biens du testateur. Mais il ne les aurait pas recueillis davantage, l'autorisation fût-elle pure et simple, dans le cas où le testament contiendrait, outre l'institution universelle en faveur des hospices, des legs particuliers en faveur de parents ou d'étrangers. Ces legs particuliers seraient acquittés par les hospices qui n'en retiendraient pas moins leur quotité de légataires universels. Il n'en doit pas être autrement même dans le cas d'une autorisation limitée qui fait une part aux héritiers du sang; cette autorisation agira comme si le testament contenait un legs de plus, legs particulier ou à titre particulier, en faveur de ces héritiers ; et les hospices, légataires universels, qui acquitteront ce legs, comme ils acquitteront les autres, n'en conserveront pas moins la qualité que leur donne le testament qui, encore une fois, est leur titre, et leur titre unique.

Cela étant, toutes les considérations déduites pour établir l'inutilité d'une acceptation provisoire dans le cas d'une autorisation pure et simple se reproduisent, avec la même force, pour établir l'inutilité de cette acceptation, même en vue et dans la prévision d'une autorisation restreinte ou limitée.

3. — (Angers 12 mai 1853. — *Devilleneuve* 53. 2. 369; *Dalloz*, 53. 2. 146). — C'est aussi une question neuve, en jurisprudence, bien qu'elle ait été fréquemment examinée par les auteurs

Digitized by Google

tant anciens que modernes, et qu'elle soit journellement tranchée dans les liquidations de communauté faites par les notaires, que celle de savoir si l'époux commun en biens, dont un propre a été aliéné pendant la durée de la communauté, moyennant une rente viagère, a droit à récompense lors de la liquidation de la communauté. La doctrine, nous en devons convenir, s'était jusqu'ici prononcée assez unanimement pour l'affirmative [1], et les liquidations, d'après les renseignements que nous avons recueillis, sont faites par les notaires généralement dans ce sens. Cependant nous avons pensé, pour notre part, qu'il y avait là une erreur; nous avons essayé de le démontrer dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 716 : et notre opinion qui, du reste, n'est pas restée isolée dans la doctrine [2], avait eu l'assentiment de la jurisprudence la première fois que la question s'était produite devant les tribunaux. En effet, la difficulté s'étant présentée, pour la première fois en jurisprudence, devant la cour de Besançon, cette cour a jugé, le 18 février 1853, qu'il n'y a pas lieu à récompense, dans le cas proposé, et spécialement que le remploi, accepté par la femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, de valeurs mobilières qui lui sont propres peut être fait en rentes viagères, et que les arrérages de ces rentes tombant en totalité, conformément à l'art. 1401 du Code Napoléon, dans la communauté, la femme ou ses héritiers ne sont fondés, après sa dissolution, à exercer aucun prélèvement à titre de reprises ou d'indemnités à raison de la perception desdits arrérages [3].

Cet arrêt, apprécié dans cette Revue même (V. t. III p. 851), a été l'objet de la part de notre collaborateur, M. Mimerel, qui en approuve la doctrine, de si judicieuses observations, que nous n'aurions pas songé à revenir sur la question, si la cour d'An-

[1] V. dans l'ancien droit : Lebrun, *de la Commun.*, l. I, ch. v, distinct. 2, n°s 13 et suiv.; Prévôt de la Jannès, *Princ. de la jurisp. franç.*, t. II, p. 85; Bourjon, *Droit commun*, t. I, p. 545; Pothier, *de la Communauté*, n° 594 :—et dans le droit moderne : MM. Merlin, quest. V. *Remploi*, § 2; Taulier, t. XII, n° 350; Zachariæ, t. III, p. 454; Glandaz, *Encycl. du droit*, v. communauté, n° 360; Odier, *contr. de mar.*, t. I, n° 308; Troplong, t. II, n° 1090; Dalloz, *Jurisp. gén.*, 2e édition, v. *contr. de mar.*, n° 1509; Taulier, t. V, p. 106.

[2] V. MM. Proudhon, *Tr. de l'usuf.*, t. V, n° 2675; Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 311, note 2; Mourlon, *Répét. écrites*, t. III, p. 45-47 et surtout le commentaire de notre collaborateur et ami, M. Marcadé, sur l'art. 1446, n° 2.

[3] V. le *Journal du Palais* 1853, t. I, p. 389.

Digitized by Google

gers, appelée à y statuer à son tour, n'avait, à trois mois de distance, le 12 mai 1853, jugé exactement le contraire de ce qu'avait décidé la cour de Besançon le 18 février précédent. Aujourd'hui la controverse, qui jusqu'à ces derniers temps s'était maintenue entre les auteurs, est entrée dans le domaine de la jurisprudence ; l'intérêt individuel est désormais éveillé, car il y a maintenant deux précédents contraires en présence : on peut, dès lors affirmer que la lutte et le débat ne s'en tiendront pas là. Cela suffit assurément pour nous justifier de revenir sur la question, même après la dissertation si décisive et si complète de M. Mimerel.

Au reste, nous nous proposons moins de discourir et de discuter à nouveau, que d'apprécier dans son principe et dans ses déductions l'arrêt récent de la cour d'Angers. Lorsque sur l'autorité de ce précédent, ceux que la question intéresse peuvent être incités à tenter la chance d'un débat judiciaire, il ne saurait être hors de propos de soumettre ce précédent à un examen spécial qui en fasse apprécier le degré de solidité.

Indiquons tout dabord les circonstances dans lesquelles l'arrêt est intervenu et les considérations sur lesquelles il est fondé.

Dans le fait, les époux Toyneau étaient mariés en communauté. Au cours du mariage, et le 29 juin 1837, la femme a disposé d'un immeuble à elle propre qu'elle a aliéné moyennant une rente viagère de 600 francs par an, constituée sur sa tête, avec stipulation de reversibilité, pour 200 francs, sur la tête de son mari. La dame Toyneau est morte à une date qui n'est pas indiquée, mais que nous placerons, si l'on veut, dans l'année 1852 : elle avait institué le sieur Pasquier pour son légataire. On a procédé à la liquidation de la communauté, et le légataire alors est venu prétendre, contre le mari survivant, qu'il avait le droit de prélever sur les valeurs communes, à titre de récompense, une somme égale à la différence existant entre les arrérages perçus par la communauté depuis l'aliénation du propre de la femme et les revenus que la communauté aurait recueillis, si ce propre n'eût pas été aliéné. Ainsi, le revenu de l'immeuble était de 300 fr., pour prendre le chiffre fixé par la cour d'Angers; or, la rente avait été convenue à 600 fr. : la différence était donc de 300 fr. La constitution de la rente remontant au mois de juin 1837 et la femme n'étant morte qu'en 1852, cette différence avait été perçue pendant 15 ans : c'était donc une somme de

Digitized by Google

4,500 fr. qui était réclamée à titre de récompense par le légataire de la femme.

Cette prétention fut tout d'abord rejetée par le tribunal de Segré dont le jugement, en date du 4 janvier 1853, est digne de la plus sérieuse considération. « Les arrérages d'une rente viagère, dit le tribunal de Segré, sont des fruits ; la communauté est usufruitière des biens appartenant en propre aux époux ; en cette qualité, elle a droit aux fruits, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit ; — l'art. 1433 du Code Napoléon, consacrant en faveur de l'époux dont un immeuble a été vendu, au cours de la communauté, le droit de demander une récompense, n'établit ce droit qu'à l'égard du capital qu'aurait touché la communauté, mais il n'atteint pas la perception des seuls revenus, quelle qu'en soit l'augmentation au profit de celle-ci par suite de l'aliénation consommée ; à l'inverse, la communauté n'aurait point à exercer le droit réciproque de récompense, si, par suite de l'aliénation d'un immeuble propre à l'un des époux, la quotité des revenus qu'elle avait auparavant eût été affectée : en effet, la communauté a droit à tous les fruits provenant des biens propres aux époux, mais elle n'a droit qu'à ces fruits, sans garantie de la part des propriétaires. Cette théorie, incontestée quand il s'agit de l'échange fait par les époux d'un droit perpétuel propre contre un autre droit perpétuel, est la seule qui, appliquée à l'échange d'un droit perpétuel contre un droit temporaire (comme dans l'espèce), et réciproquement, puisse résoudre d'une manière nette et uniforme, les hypothèses nombreuses se rattachant à cette formule, lesquelles sont, à des points de vue divers, contradictoirement résolues par les auteurs. » Ces considérations, prises au cœur même du sujet, établissaient déjà victorieusement la thèse que le tribunal avait adoptée. Néanmoins, le tribunal de Segré a voulu compléter sa démonstration, et il a ajouté : « Cette interprétation de l'art. 1433 fût-elle erronée, ledit article, par d'autres considérations, ne pourrait abriter la demande de récompense faite par le sieur Pasquier ; en effet, cet article, modelé sur les dispositions de l'art 232 de la Coutume de Paris, a été inspiré au législateur moderne qui, contrairement aux principes de l'ancien droit, permet la donation entre époux, par cette

Digitized by Google

idée fondamentale et subsistante que l'époux qui aliène un de ses propres n'est pas présumé en abandonner la valeur à la communauté sans esprit de retour, mais qu'il veut, au contraire, le réclamer plus tard comme un dépôt; de là le droit corrélatif de récompense. Mais la nature de l'acte du 29 juin 1837 le dérobe à la présomption qui a été le principe générateur de l'art 1433; en effet, par l'aliénation contenue en cet acte, aliénation qualifiée vulgairement et énergiquement de vente *à fonds perdu*, la femme Toyneau a manifestement déclaré l'intention d'abandonner en entier les immeubles qui en sont l'objet à la chance favorable ou contraire, suivant les éventualités du contrat consenti par elle; et c'est là le cas d'appliquer la maxime *cessante causâ, cessat effectus.* »

On ne pouvait mieux, ce nous semble, poser les véritables principes; on n'en pouvait pas faire une applicatiou plus exacte, ni asseoir sur de plus solides bases la solution que le tribunal avait voulu consacrer.

Et cependant, le jugement n'a pas trouvé grâce devant la cour d'Angers; l'arrêt du 12 janvier 1853 en a prononcé l'infirmation. Et pourquoi? Parce que, dit la Cour, « lors de la liquidation de toute communauté, les biens propres à chacun des époux retournent à leur auteur ou à ses représentants; qu'en cas d'aliénation, la communauté doit récompense au propriétaire du fonds aliéné; que le revenu du fonds aliéné en 1837 par les époux Toyneau n'était, audit jour, que d'un chiffre fort inférieur à celui de la rente viagère; que l'augmentation du revenu de ce fonds, qui s'est élevé à 600 fr., n'est due qu'à l'aliénation faite par les époux Toyneau au préjudice de la femme; que cette augmentation est un prix principal, réel, payable par annuités, puisqu'il s'agit d'une rente viagère qui n'a pas d'autre prix, et que toute rente doit en avoir un : *res, consensus, pretium....* »

Ces motifs ne sont pas fondés assurément; mais avant de les discuter, il importe d'indiquer comment la cour a mis en action, dans le dispositif de son arrêt, le principe par elle posé. Elle avait consacré, dans les motifs, le droit à une récompense; voici maintenant comment elle en détermine la quotité : « Dit qu'il a été mal jugé, et qu'en conséquence il est dû récompense et indemnité par la communauté de la dame Toyneau à la succession de celle-ci, pour les arrérages de rente viagère dont ladite communauté a profité par suite de l'aliénation du 29 juin 1837; fixe à

Digitized by Google

300 fr. le revenu dudit immeuble; dit en conséquence, que la liquidation se fera sur cette base, et que la communauté fera récompense aux représentants de la femme Toyneau de la différence de cette somme *à celle fixée comme prix au contrat de rente viagère,* à partir de l'entrée en jouissance de ladite rente par la venderesse, etc. »

Nous le disons, rien n'est plus arbitraire, à nos yeux, que cette appréciation. A tout prendre, nous aurions compris, sans toutefois admettre la solution, que la Cour eût franchement considéré toutes les annuités de la rente viagère comme le marché du fonds, comme le prix de l'aliénation, et que franchement aussi, elle eût déduit la conséquence du principe, à savoir la nécessité, pour la communauté, de restituer à la femme ou à ses représentants, à titre d'indemnité et de récompense, la somme totale des annuités perçues, sauf peut-être l'intérêt annuel que chacune d'elles avait dû donner. Cette idée n'eût pas été nouvelle; elle est une de celles qui s'étaient produites, dans l'ancienne jurisprudence, sur la question qui nous occupe; et elle avait pour elle l'autorité de Lebrun. « Quand l'un des conjoints, dit-il au *Traité de la communauté*, liv. I, ch. 5, dist. 2, n° 15, a donné à fonds perdu un de ses propres durant le mariage, et qu'il est prédécédé; comme son propre s'est consommé par une jouissance plus pleine dont la communauté a profité, il est évident qu'il en est dû une récompense à ses héritiers. Mais la difficulté est de fixer cette récompense, supposé par exemple qu'il ait donné un propre de valeur de 10,000 livres, et qui produisait 500 livres par an, et qu'on lui ait constitué une rente viagère de 1,000 livres par chaque an... Mon opinion va à dire qu'il faut rendre à l'époux toutes les années de jouissance que la communauté a perçues depuis la constitution du fonds perdu, *parce qu'elles sont le prix de l'aliénation*; et que sur chacune de ces années il en faut déduire l'intérêt : par exemple, qu'en l'espèce, la rente du fonds perdu étant de 1,000 livres, il en faut déduire 50 livres par an pour la communauté, qui sont l'intérêt de 1,000 livres, qu'ainsi l'époux aura son remploi et la communauté l'usage du prix propre aliéné.... »

Mais nous ne comprenons pas, nous l'avouons, un système qui, faisant deux parts distinctes de la rente, consiste à dire : jusqu'à concurrence de telle somme, soit de 300 fr. sur 600, les arrérages seront des fruits représentant les jouissances aux-

Digitized by Google

quelles la communauté a eu droit jusqu'à sa dissolution, et pour le surplus, ils constitueront le prix principal et réel de l'aliénation, par conséquent, une chose propre à l'époux propriétaire de l'immeuble aliéné ou à ses représentants. Il est par trop évident que les arrérages d'une rente viagère sont indivisibles comme serait indivisible le capital pour lequel un fonds serait aliéné. Donc, s'ils doivent être considérés comme un prix, il faut reconnaître avec Lebrun qu'ils doivent être considérés comme tels pour le tout; et il n'est ni moins arbitraire, ni moins conséquent de les scinder, comme a fait la cour d'Angers dans l'espèce, qu'il ne l'aurait été de dire, dans le cas où le propre aurait été aliéné pour un capital de 6,000 fr., par exemple : telle partie de ce capital, soit 3,000 fr., a été donnée pour la jouissance, et à ce titre, les 3,000 fr. doivent rester à la communauté; le surplus seulement représente le fonds et doit par suite être attribué, comme indemnité ou récompense, à l'époux propriétaire ou à ses ayants-droit.

La cour d'Angers s'est donc méprise; à supposer que le principe par elle posé fût exact, il est clair que faute d'avoir su accepter dans leur déduction rigoureuse et exacte les conséquences de ce principe, elle aurait trop fait, dans l'espèce, pour la communauté des époux Toyneau : ce n'est pas, en effet, la somme de 300 fr. par an, pendant quinze années, soit en tout 4,500 fr., qui devait être laissée dans la caisse de la communauté, c'est seulement l'intérêt de 600 fr., chiffre de la rente constituée, c'est-à-dire 30 fr. par an, soit, en tout, pour quinze années, 450 fr. A ce point de vue, l'arrêt du 12 mai 1853 ne saurait se défendre.

Et maintenant, si l'on apprécie le principe lui-même, on trouve que l'arrêt se défend moins encore, et qu'au lieu d'avoir trop fait pour la communauté, il n'a pas fait assez. Rien n'est plus contraire, en effet, à la vérité des choses que la supposition que les arrérages d'une rente viagère constituent eux-mêmes, en tout ou en partie, le capital de la rente. C'est supposer, par cela même, que les rentes viagères, à la différence des rentes perpétuelles, ne sont pas des créances productives d'arrérages, ou, en d'autres termes, qu'elles n'ont pas un capital. Or, cette doctrine, qui était contredite déjà sous l'ancienne jurisprudence quand il y avait quelque intérêt à la soutenir, par exemple le besoin ou le désir d'enlever aux rentes viagères le caractère immobilier attri-

Digitized by Google

bué par quelques coutumes aux rentes constituées, ou de les soustraire aux prohibitions dont ces mêmes rentes constituées avaient été l'objet à diverses époques (V. M. Troplong, *Du prêt*, n° 420), cette doctrine est plus que surannée désormais en présence de cette distinction si nettement établie, au titre de l'usufruit, entre la rente viagère elle-même et les arrérages qu'elle produit, et qui en sont les fruits (V. les art. 584, 588 et 618, C. Nap.); en présence d'autres dispositions encore dans lesquelles les arrérages sont expressément qualifiés du nom d'intérêt d'un capital (V. notamment les art. 1909 et 1910). Aussi, de l'aveu de tous les auteurs, aujourd'hui, M. Toulier seul excepté, les arrérages d'une rente viagère sont des fruits civils; ils sont, selon l'expression de M. Troplong, le produit d'un être intellectuel et un revenu [1].

Ceci posé, la vérité du système que les premiers juges avaient consacré dans l'espèce, se trouve par cela même établie. Ils avaient pensé qu'aucune récompense n'était due à raison des arrérages produits par une rente viagère que la femme avait acquise à la place d'un immeuble à elle propre. Ils ne devaient pas décider autrement : car la question de récompense ne saurait jamais se produire, entre la communauté et les époux, à raison des fruits ou des intérêts, puisqu'en principe, ces fruits et ces intérêts appartiennent à la communauté, en sa qualité d'usufruitière des biens propres à chacun des époux. Si la maison qui, dans l'espèce, rapportait 300 fr. par an avait été échangée contre une terre du produit de 500, ou à l'inverse, pour une lande improductive quant à présent, on n'aurait pas pu dire assurément, sans se mettre en opposition avec l'avis unanime des auteurs, que la communauté a perçu en trop, dans la première hypothèse, 200 fr. par an, jusqu'à sa dissolution, et qu'elle en doit récompense, ou qu'à l'inverse, dans la seconde hypothèse, elle a été indûment privée de 300 fr., et qu'elle en doit être dédommagée. A quel propos en déciderait-on autrement, lorsque l'échange de la maison a eu lieu pour une rente viagère? La situation est évidemment la même, et la question se résout par une règle commune à toutes ces positions. Cette règle, que nous avons essayé de formuler

1 MM. Merlin, Rép. v° *Usufruit*; Proudhon, *de l'Usufruit*, n° 1824; Demante, *Thémis*, t. VIII, 2e part., p. 169; Troplong, *des contr. aléat.*, n° 215; Marcadé sur les art. 1801 et suiv. n° 3. — V. aussi notre *Tr. du contr. de mar.*, t. I, n° 352.

Digitized by Google

dans notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, nº 716, se résume à ceci : « La communauté n'a pas un droit principal et *à priori* sur les biens des époux ; elle a seulement un droit subsidiaire essentiellement subordonné à celui de l'époux lui-même, susceptible de s'accroître ou de diminuer suivant les opérations que le propriétaire est toujours libre de faire. Par suite, lorsqu'un droit viager ou temporaire a été acquis en échange d'un droit perpétuel, la communauté profite, sans être tenue à aucune restitution, des revenus de ce droit temporaire, si considérables qu'ils soient, et l'époux reprend son droit à la dissolution, en quelque état qu'il se trouve alors; réciproquement, lorsqu'un droit perpétuel a été acquis en échange d'un droit temporaire, la communauté doit restituer tout ce qu'elle a reçu sans qu'elle en puisse rien déduire, si faibles qu'aient été les revenus par elle perçus : et tout cela, parce que l'usufruit qui appartient à la communauté n'est pas un droit déterminé à tel ou tel immeuble et dont il soit dû garantie, mais bien un droit qui frappe immédiatement le patrimoine des époux, tel qu'il est, et tant qu'il est dans les mains des époux, et subit toutes les variations dont ce patrimoine lui-même est susceptible. »

Ces idées vraies que le tribunal de Segré avait consacrées en les développant, la cour d'Angers les a méconnues. C'est ici un des cas rares où on pourrait dire avec Ulpien : *nonnunquàm usus appellandi benè latas sententias in pejus reformat.*

Ce qui le prouve, d'abord, c'est la conséquence à laquelle aboutit le principe suivi par la cour d'Angers : cette conséquence serait déjà fort injuste, si au lieu de continuer pendant 15 ans, après la constitution de la rente, la communauté eût duré 30 ou 40 années, puisqu'alors le représentant de la crédi-rentière eût obtenu une récompense dont le montant aurait dépassé la valeur de l'immeuble aliéné; mais elle eût été d'une iniquité flagrante si au lieu de se dissoudre par le prédécès de la crédi-rentière, la communauté se fût dissoute par le prédécès du mari, puisque, le principe étant le même, la credi-rentière survivante, en reprenant son droit avec ses attributs et ses prérogatives, aurait reçu en outre une indemnité qui en aurait doublé et peut-être au delà l'importance.

Ce qui le prouve ensuite, et mieux encore, c'est l'embarras qu'on éprouve à choisir entre des combinaisons nombreuses et variées, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe posé par

Digitized by Google

la cour d'Angers. Interrogez, en effet, les notaires liquidateurs qui tous ou presque tous, acceptant sans y contredire les traditions du passé, admettent, comme nous l'avons dit, le droit à la récompense, et ils vous diront que la difficulté pour eux, difficulté qu'ils tranchent et ne résolvent pas, consiste à déterminer la quotité de cette récompense. Comment procédera-t-on? On ne le sait pas. Considérera-t-on, avec quelques-uns, la constitution de la rente comme une vente pure et simple et donnera-t-on, par suite, à titre de récompense, la valeur réelle de l'immeuble aliéné? ou bien, dira-t-on, avec d'autres, qu'il faut laisser à la communauté tout ce qu'elle avait coutume de recevoir avant l'aliénation, et donner le surplus à l'époux à titre d'indemnité ou de récompense? Il y a autant de probabilités pour l'un que pour l'autre système, ou plutôt ils sont l'un et l'autre également inacceptables. Car d'une part, et quant au premier, ce n'est pas une somme une fois payée qui est donnée à la communauté, ce sont seulement des fruits civils dont elle ne touchera peut-être qu'une annuité : où est donc le motif de mettre à sa charge un capital qu'elle ne reçoit pas et qu'elle ne recevra jamais? D'une autre part, et quant au second, les arrérages d'une rente, soit qu'on les considère comme fruits civils ainsi que cela doit être, soit qu'on les prenne comme le capital même de la rente ainsi que l'a fait à tort la cour d'Angers, sont essentiellement indivisibles. A quel titre et pourquoi donc les scinderait-on et en détournerait-on une partie de sa destination naturelle?

Ces difficultés, ces impossibilités même qu'on éprouve dans la mise en action d'un principe condamnent le principe lui-même. Aussi nous rattachons-nous, avec plus de confiance encore, au principe contraire que nous avons tout d'abord adopté, comme à celui qui se concilie le mieux avec les règles reçues en matière de récompense, comme celui auquel la jurisprudence, nous l'espérons du moins, finira par se rallier d'une manière invariable.

4. — (Cass. 26 avril 1853; *Devilleneuve* 53. 1. 445). — Nous n'avons pas le même espoir de voir la Cour de Cassation revenir sur la doctrine consacrée par l'arrêt que nous allons maintenant apprécier, bien qu'au fond, cette doctrine ne soit pas plus exacte, à notre avis, que celle que nous venons de combattre. C'est que la question n'est plus neuve en jurisprudence, et que la cour de Cassation est engagée par une longue suite de précédents dont

Digitized by Google

sa nouvelle décision est une confirmation pleine et entière. Néanmoins nous croyons devoir présenter, encore une fois, contre cette jurisprudence, des considérations que nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer ailleurs.

Il s'agit d'une question de droit fiscal, et, comme tout ce qui intéresse la pratique, elle est du domaine de cette Revue, d'autant plus que le droit fiscal a subi ici, d'une manière plus marquée encore que sur une infinité d'autres questions, l'influence d'idées émises en droit civil pur.

Quel est le droit d'enregistrement exigible sur l'acte de constitution d'un bail emphytéotique ? Voilà la question réduite à ses termes les plus simples.

Assurément si pour résoudre la difficulté on s'en fût tenu aux idées dont le législateur s'est inspiré pour l'établissement du droit à percevoir sur les baux, la solution n'eût pas été douteuse; et elle ne l'a pas été en effet, tant qu'on ne s'est pas écarté de ces idées. A cet égard, il suffit de rappeler que la loi fiscale établit deux catégories distinctes, l'une qui embrasse les baux qu'on peut appeler ordinaires en ce que la durée en est limitée, conformément à la loi civile qui suppose dans le bail une convention faite pour un certain temps; l'autre qui comprend les baux qu'on peut appeler extraordinaires, en ce qu'ils ne se renferment pas dans un temps précis, comme les baux à vie, les baux à rente perpétuelle, les baux à durée illimitée. Les baux de cette dernière classe sont soumis par la loi fiscale au droit de mutation, c'est-à-dire à 2 ou à 4 fr. p. 100 suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles (art. 69, § 5, n° 2 et § 7, n° 2 de la loi du 22 frimaire an VII); ceux de la première catégorie, à l'égard desquels le droit a subi des variations assez nombreuses, ont été soumis finalement au droit de 20 centimes pour cent francs sur le prix cumulé de toutes les années, par la loi du 16 juin 1824, art. 1. Ainsi les premiers seuls étaient assimilés à la vente.

Ceci étant reconnu que l'élément de durée avait été pris pour base du système établi par la loi fiscale, il ne pouvait pas être douteux, dans l'état actuel de la législation civile, que le droit à percevoir sur l'acte de constitution d'un bail emphytéotique ne devait pas être autre que celui de 20 centimes pour cent francs sur le prix cumulé de toutes les années. En effet, aujourd'hui, en présence des lois abolitives du régime féodal, non abrogé par les lois ultérieures ni par le Code Napoléon dans les dispositions qui ne

Digitized by Google

permettent pas l'existence d'un bail excédant 99 années (L. 18-29 déc. 1790, tit. 1. art. 1er. V. MM. Troplong, *du louage*, n° 27 et Duvergier, *ibid.*, n° 202), le bail emphytéotique est nécessairement temporaire, et dès lors il rentre dans les prévisions de la loi du 16 juin 1824 qui tarife les baux ordinaires et les confond tous quelle qu'en soit la durée pourvu que cette durée soit limitée. Aussi est-ce dans cet esprit que l'administration elle-même a longtemps réglé la perception ; dès l'an VII, 16 messidor, elle adressait à ses préposés une circulaire en ces termes : « Attendu 1° que la loi du 22 frim. an VII ne reconnaît, quant aux actes translatifs d'immeubles, que trois sortes de dispositions, celles qui transmettent la propriété, l'usufruit ou la jouissance ; 2° que, d'après cette décision, le législateur a également divisé pour l'application des droits d'enregistrement les baux à rente perpétuelle, les baux à vie, et les baux d'une ou plusieurs années, mais à durée limitée ; 3° que la durée des baux emphytéotiques *étant fixée à un nombre d'années déterminé*, on ne peut les assimiler aux baux à rente perpétuelle, ni aux baux à vie ; *qu'ils doivent être considérés comme des baux à durée limitée et par conséquent assujettis au même droit que les baux à ferme ou à loyer.* » Et cette décision était confirmée par l'Administration dans deux délibérations en date des 23 mai 1833 et 21 janvier 1834.

Cependant ce système de perception a été soudainement abandonné. La régie, sous l'influence d'une doctrine qui s'est fait jour en droit civil et d'après laquelle l'emphytéose constituerait un droit réellement immobilier, doctrine dont l'exactitude, d'ailleurs, n'est pour nous rien moins que démontrée, la régie a tout à coup déplacé la question ; et laissant de côté l'élément de durée, qui a manifestement été la base de la loi fiscale en ce qui concerne l'application du droit au bail, pour n'envisager que la nature et le caractère du droit résultant de l'emphytéose, elle a soutenu que puisque ce droit est réellement immobilier, l'impôt de la transmission ne pouvait être que celui d'une translation de propriété ordinaire. Les tribunaux n'ont pas suivi tous, il s'en faut, ce revirement de jurisprudence : la plupart au contraire sont demeurés fidèles aux principes que l'Administration avait elle-même enseignés. Mais la Cour de cassation a été saisie à son tour ; et par 6 arrêts successifs, des 1er avril 1840 (deux arrêts à cette date), 24 juillet 1843, 18 mai 1847, 6 mars 1850 et 17 novembre 1852 (Devill. 47. 1. 623 ; 50. 1. 210 ; 52. 1. 747),

Digitized by Google

elle a pensé qu'en raison de la nature du droit transmis, l'acte de constitution d'un bail emphytéotique est soumis au droit proportionnel de mutation immobilière, et non au simple droit établi pour les baux ordinaires par la loi du 16 juin 1824. C'est ce que la cour vient de juger une septième fois dans l'arrêt du 26 avril 1853 que nous signalons ici à l'attention du lecteur.

Nous l'avons dit ailleurs (V. le traité de l'enregistrement dans le Rép. de MM. Dalloz, nos 3027 et suiv.; V. aussi le supplément au traité de MM. Rigaud et Championnière, no 841), et nous ne pouvons nous empêcher de le redire ici, cette jurisprudence, quelque nombreux que soient les précédents, ne présente pas la meilleure interprétation de la loi.

D'abord l'appréciation sur laquelle elle est fondée peut être contestée. Nous savons bien que dans l'état actuel de la doctrine, l'emphytéose est proclamé droit réel immobilier, transmissible aux successeurs universels ou particuliers de l'emphytéose, pendant un laps de temps qui peut s'étendre à 99 ans[1]. Mais, pour notre part, nous sommes frappés de cette circonstance que le Code Napoléon n'a pas parlé une seule fois de l'emphytéose; et de ce silence du législateur moderne sur un droit connu comme l'était l'emphytéose au moment où le code a été discuté, nous avons conclu[2], avec quelques auteurs[3], que si l'emphytéose existe en fait, encore aujourd'hui, il n'existe pas du moins comme droit spécial et distinct, et n'a pas une nature différente de celle qui appartient au droit résultant des baux ordinaires ou à longue durée, avec lesquels il a été virtuellement confondu.

Mais l'appréciation fût-elle exacte et dût-on accorder la nature immobilière du droit de l'emphytéose, l'application du droit de vente immobilière à la constitution du bail emphytéotique n'en serait pas mieux fondée. Car, en matière fiscale, il n'y a pas possibilité d'étendre les dispositions de la loi d'un cas à un

[1] V. MM. Merlin quest., v. Emphytéose, sect. 5, no 8; Favard, v. Hypothèques, no 2; Persil sur l'art. 2118, no 15; Duranton, t. IV, no 80 et t. XIX, no 268; Troplong, *des hyp.*, t. II, no 405; et *du louage*, nos 31 et suiv.; Duvergier, *du louage*, t. I, no 154 et suiv.; Battur, *hyp.*, t. II, no 246; Pépin le Halleur, *Hist. de l'emphy.*, p. 330; Marcadé, art. 520, no 3.

[2] V. notre *Traité du contrat de mariage*, t. I, no 318.

[3] V. MM. Delvincourt, t. IX, p. 185, note 1; Proudhon, *de l'usuf.*, no 97; Toulier, t. III, no 101; Grenier, *hyp.*, t. I, no 143; Félix et Henrion, *des rent. fonc.*, p. 28; Zachariæ, t. I, p. 414 et 415; Valette, *des priv. et hyp.*, t. I, p. 191.

Digitized by Google

autre. Or, c'est à la transmission immobilière en *propriété ou en usufruit* que le droit dont s'agit est spécialement appliqué par l'art. 69, § 7, n° 1 de la loi du 22 frim. an 7 ; donc il ne doit pas être étendu à la constitution du bail emphytéotique qui, lui, ne transmet qu'une *jouissance*, jouissance plus étendue sans doute que celle que confèrent les baux ordinaires, mais qui n'en reste pas moins distincte soit de la *propriété* en ce qu'elle n'implique pas le droit d'user et d'abuser, soit de l'*usufruit*, en ce que l'emphytéote, au lieu de recevoir le prix du bail comme ferait un usufruitier, est tenu de le payer lui-même. Il en faut donc revenir au droit appliqué par la loi fiscale aux transmissions de jouissance. Or ce droit, quel est-il pour le bail emphytéotique? Evidemment celui qu'a établi la loi du 16 juin 1824, puisqu'encore une fois cette loi a tarifé, *comme baux*, toutes les transmissions de jouissance, quelle qu'en soit la durée, pourvu que cette durée soit limitée, et qu'en ne plaçant pas le bail emphytéotique dans la catégorie faite pour les baux à vie ou d'une durée illimitée, le législateur l'a laissé confondu avec les autres baux temporaires et l'a soumis, avec eux, à une règle commune en ce qui concerne l'exigibilité du droit.

5. — C'est-là le système que la jurisprudence avait d'abord consacré, et non-seulement celle des tribunaux, mais encore celle de l'administration elle-même : c'était aussi la meilleure. S'il en fallait donner une preuve indépendamment de celles qui précèdent, nous la tirerions des difficultés que présente la liquidation du droit dans le système contraire auquel la Cour de cassation paraît s'être définitivement arrêtée.

Dans le système de la loi fiscale, le droit à percevoir sur les baux est liquidé sur le prix cumulé de toutes les années, lorsqu'il s'agit de baux temporaires (L. 16 juin 1824, art. 1), et sur un capital formé de dix fois ou vingt fois la rente ou le prix annuel, en y ajoutant les charges, lorsqu'il s'agit soit de baux à vie, soit de baux à rente perpétuelle et de baux illimités (L. 22 frim. an 7, art. 15, nos 2 et 3).

D'après cela, le bail emphytéotique étant temporaire, il s'en suit que le droit en devrait être liquidé sur le prix cumulé de toutes les années: et cela serait sans complication ni difficulté dès qu'on laisserait à ce bail le caractère d'un bail ordinaire, pour ne le soumettre, comme l'avait fait la régie dans les premiers temps, qu'au droit de 20 cent. pour cent francs établi par la loi du 16 juin 1824.

Digitized by Google

Mais dès qu'on en est venu à décider qu'en raison de la nature du droit transmis par le bail emphytéotique, l'acte de constitution ou l'acte de cession doit être soumis à l'impôt des ventes immobilières à 5 1/2 p. 100 on comprend qu'il a fallu renoncer à ce système de liquidation. Comment en effet percevoir 5 1/2 p. 100 sur le prix cumulé de toutes les années d'un bail qui en peut comprendre 99, alors que le bail à vie et le bail illimité ou à rente perpétuelle ne rend ce droit exigible que sur un capital formé de 10 ou 20 fois la rente? Comment surtout admettre cette base de liquidation, alors que, contrairement aux principes généraux en matière d'enregistrement, il s'en serait suivi qu'à raison de la longue durée du bail, le droit aurait porté sur une valeur supérieure à celle des biens donnés à emphytéose? cela n'était pas possible. Il a donc fallu se mettre à la recherche d'un autre système. Mais, comme cela doit nécessairement arriver dans tous les cas où la discussion fausse à son point de départ la pensée de la loi, on a trouvé non pas un système, mais dix systèmes divergents, et tous plus ou moins entachés d'arbitraire.

Nous ne reviendrons pas sur ces systèmes que nous avons successivement appréciés ailleurs (V. dans le Rép. de MM. Dalloz, le traité de l'enregistrement, nos 4618 et suiv. et 4639, 4640); mais leur existence même et l'assentiment que chacun a reçu de la jurisprudence nous amènent à dire, comme tout à l'heure à l'occasion de l'arrêt de la cour d'Angers, que toutes ces difficultés, tant sur la liquidation du droit que sur l'exigibilité, accusent l'inexactitude de la doctrine nouvellement admise, en même temps qu'elles militent en faveur de la doctrine abandonnée, la seule vraie, par cela même que tout y devient d'une solution facile.

6. — (Cass. 2 mai 1853; *J. du Pal.* 1853, *t. II*, *p.* 73; *Devill.* 53, 1,410.) — Autant la décision que nous venons d'apprécier laisse à redire, quelque nombreux que soient les précédents sur lesquels elle s'appuie maintenant, autant est juste au contraire celle que nous signalons ici en terminant notre examen. La Cour de cassation y pose en principe que les notaires, tenus de justifier les frais d'actes par eux réclamés par la représentation de leur répertoire et des minutes des actes, ne sont pas également tenus d'avoir registre des avances par eux faites à leurs clients en dehors de leurs déboursés et honoraires : puis, elle en a conclu que ces avances sont suffisamment établies par les reconnaissances du client, sans qu'on puisse subordonner la recevabilité de la de-

Digitized by Google

mande formée par le notaire à la représentation de ses registres.

Tout cela est incontestable, et c'est ce que nous faisions remarquer dans le *Journal du Palais*, lorsqu'en y rapportant l'arrêt, nous disions : la tenue de certains livres imposée aux notaires a pour objet spécial la comptabilité de l'étude même, c'est-à-dire de tout ce qui se rattache à l'exercice des fonctions dont le notaire est investi. La production de ces registres ne doit pas nécessairement être ordonnée dans tous les cas où elle est requise par les parties. Citons à cet égard l'opinion de M. Rolland de Villargue, dont l'autorité a une valeur toute spéciale en cette matière. « Quoique la loi, dit-il, n'ait rien prescrit, il nous semble *qu'on pourrait* demander à un notaire la représentation de ses registres pour y vérifier un versement ou paiement relatif à un acte ou à une opération *dont il aurait été chargé* (comme notaire) ; *mais il faudrait que les circonstances obligeassent de recourir à une pareille mesure, qui présente des inconvénients....* » (Rép. du not. v°, registre des dépôts et de comptabilité des notaires, n° 4.) Or, s'il en est ainsi même pour des opérations et des actes qui rentrent dans les attributions du notaire, dans la mission dont il est chargé, à plus forte raison doit-on reconnaître que l'apport des livres ne saurait être obligatoire lorsqu'il s'agit d'avances faites par le notaire en dehors de ses fonctions.

Du reste, ces observations empruntent à une proposition récente sur les honoraires des notaires, un véritable intérêt d'actualité. Dans cette proposition qui, nous le pensons, ne tardera pas à être convertie en loi, une disposition spéciale a pour objet d'imposer aux notaires l'obligation d'avoir un registre côté et paraphé pour y inscrire eux-mêmes, par ordre de date et sans aucun blanc ni interligne, toutes les sommes qu'ils recevront de leurs clients, et de leur enjoindre de représenter ce registre toutes les fois qu'ils en seront requis et qu'ils formeront des demandes en paiement de déboursés et honoraires : le tout avec cette sanction qu'à défaut de représentation ou de tenue régulière des registres, les notaires seront déclarés non-recevables dans leurs demandes.

Le projet duquel cette disposition est extraite serait à l'heure qu'il est érigé en loi probablement, si avant de le soumettre aux dernières délibérations on n'eût pensé qu'il y aurait avantage à prendre, sur l'ensemble, l'avis des Cours impériales et de la Cour de cassation. Les Cours sont donc ou ont été con-

Digitized by Google

sultées. Nous ne savons pas le parti qu'elles ont pris ou qu'elles vont prendre ; mais nous nous abuserions beaucoup s'il n'entrait dans la pensée de toutes, au moins de la très-grande majorité, de modifier dans ce qu'elle a de trop absolu la disposition précitée.

Que la tenue du registre soit imposée aux notaires avec obligation de le tenir, sinon par eux-mêmes, au moins par leurs clercs, comme cela a lieu pour les répertoires; qu'à défaut de tenue régulière du registre, les notaires soient, ou plutôt *puissent être* déclarés non-recevables dans leurs demandes ; ce sont là autant de prescriptions excellentes en elles-mêmes. Elles doivent concourir à établir dans les études une bonne comptabilité; et puis, si comme complément, on donne aux chambres des notaires, la mission spéciale de contrôler cette comptabilité et de veiller à ce qu'elle soit tenue partout régulièrement on aura organisé l'un des moyens les plus sûrs, à notre avis, de prévenir de regrettables infractions et même de déplorables sinistres.

Maintenant que les notaires doivent inscrire ou faire inscrire sur le registre les sommes qu'ils reçoivent de leurs clients, et que les notaires soient tenus de communiquer le registre lorsqu'ils en sont requis, c'est là ce qui ne devrait être admis que dans une certaine mesure.

A cet égard, la disposition dont nous parlons a été prise à peu près littéralement dans le tarif du 16 février 1807 dont l'art. 151, commun aux avoués des cours et tribunaux, dispose « tous les avoués seront tenus d'avoir un registre, qui sera côté et paraphé par le président du tribunal auquel ils seront attachés, ou par un des juges du siége, qui sera par lui commis, sur lequel registre ils inscriront eux-mêmes, par ordre de date et sans aucun blanc, toutes les sommes qu'ils recevront de leurs parties. — Ils représenteront ce registre toutes les fois qu'ils en seront requis, et qu'ils formeront des demandes ou condamnations de frais ; et faute de représentation ou de tenue régulière, ils seront déclarés non-recevables dans leurs demandes. »

Mais il y a entre les fonctions de notaires et celles d'avoués des différences fondamentales qui doivent nécessairement se refléter dans la comptabilité des uns et des autres. Le notaire n'est pas seulement institué pour donner l'authenticité aux actes ; il est aussi le magistrat de la famille ; il a ses confidences : à ce titre, le notaire reçoit des frais d'actes, sans doute, mais il reçoit aussi des dépôts de sommes qui lui sont faits pour un emploi déter-

Digitized by Google

miné et dans lesquels se résument souvent les rapports les plus intimes de la famille. L'avoué, lui, est uniquement un intermédiaire entre la justice et le justiciable ; à ce titre sa comptabilité n'a et ne peut avoir pour objet que des honoraires et des frais. Par cela même, il ne saurait y avoir d'inconvénient à dire d'une manière absolue, relativement aux avoués, qu'ils inscriront sur leurs registres toutes les *sommes qu'ils recevront de leurs parties;* mais il y en aurait un très-grand à le dire également des notaires, puisqu'il s'ensuivrait que les notaires devraient inscrire, sur ce registre, non-seulement ce qu'ils reçoivent de leurs clients à titre de frais d'actes, de déboursés ou d'honoraires, mais encore ce qu'ils en reçoivent à titre de dépôt. Or c'est là ce qu'on ne peut admettre sans aller directement contre cette obligation du secret qui est, pour le notaire, un devoir sacré de sa fonction et qui a sa raison d'être dans les convenances sociales. Il est donc important de préciser et de dire que les sommes à inscrire par les notaires sur le registre dont il s'agit, ne sont autres que celles qu'ils reçoivent de leurs clients à titre de frais, de déboursés, ou d'honoraires[1].

Et par les mêmes motifs, il ne faudrait pas que l'apport des registres pût être ordonné chaque fois que le notaire, formant une demande en paiement de frais, en serait requis par la partie. Qu'il soit juste d'exiger du notaire qu'il communique son registre de comptabilité, soit au président, soit au juge chargé de faire le rapport, soit même au tribunal entier réuni en chambre du conseil, toutes les fois qu'à l'occasion d'un recours en taxe ou d'une opposition à l'exécutoire du président, il y a lieu de vérifier un point contesté de comptabilité, cela n'est pas discutable. Mais il y aurait du danger à aller au delà, et à vouloir que, sur sa simple réquisition, la partie pût obtenir une communication personnelle, ou même le dépôt au greffe. Ce serait autoriser la partie à jeter un regard indiscret sur des actes et sur des faits dont le secret est confié à la foi du notaire. Les sollicitations d'un intérêt privé ne sauraient légitimer une aussi grave infraction.

PAUL PONT,

Docteur en droit, Président du tribunal de Corbeil.

[1] Ceci soit dit sans exclure, bien entendu, la nécessité d'avoir un registre spécial des dépôts : mais ce registre doit être essentiellement secret, et fermé à tous, si ce n'est à la chambre des notaires ou à son délégué.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

(Suite [1].)

CHAPITRE IV. — Résumé.

Lorsque parvenu au terme de cette carrière de légiste, la plus agitée et cependant la mieux remplie qui se soit peut-être jamais vue, on jette un regard en arrière, il est dans cette longue lutte qui l'a consumée un caractère saillant qui frappe dès l'abord.

Dumoulin, quand il combat le pouvoir féodal, le combat en homme sûr du terrain et de la victoire ; il le combat en face, par les seules armes de la logique et la seule force du raisonnement ; il est rare qu'il se laisse emporter au torrent de la discussion, ses arguments se présentent sous la forme aristotélique la plus pure ; il pousse en avant le syllogisme, sans s'inquiéter le plus souvent de le couvrir des fleurs du langage ; que le coup frappe au but, cela lui suffit.

Attaque-t-il au contraire la papauté, voyez combien de préludes à la lutte, combien de fois il essaye le terrain sur lequel il va marcher ; le raisonnement ne se présente point comme naguère ferme et serré, marchant de déductions en déductions jusqu'au but, il est sans lien ni ressort, et si quelquefois, au milieu des longs écarts du pamphlet, son génie se réveille, on dirait le plus souvent qu'il sent sa triste impuissance : il frappe un vain fantôme qui semble se dérober sans cesse à ses coups, pour se dresser ensuite plus terrible devant ses yeux éblouis et fatigués.

Dumoulin, quand il tourna ses armes contre Rome, se laissa surprendre par une erreur qui semble avoir trompé les légistes de tous les âges ; il attaqua la papauté ainsi qu'il avait attaqué la féodalité, comme un pouvoir exclusivement politique. La féodalité reposait sur un principe humain ; elle n'était en dernière analyse qu'une forme particulière d'organisation sociale et politique ; à ce titre, on pouvait la renverser comme tout système qui a fourni

[1] V. tome III, p. 601 et suiv. 778 et suiv.

Digitized by Google

sa carrière La papauté, au contraire, reposait sur un principe divin, le principe de son origine, de sa mission et de sa fin : la puissance humaine dont ce principe était revêtu pour se manifester aux yeux des hommes, n'était que l'apparence, que le voile sensible jeté sur une mystérieuse vérité; de telle sorte, qu'entre la forme et la réalité, il y avait un lien indissoluble, et que l'attaque dirigée contre l'une venait forcément se briser contre l'autre.

Dumoulin, comme légiste, ne pouvait voir dans la papauté qu'une puissance politique ; par ce côté seul, en effet, Rome se trouvait en contact avec la royauté ; aussi le trouverez-vous sans cesse luttant entre le dogme qu'il proteste respecter, et la discipline qu'il critique, entre le pouvoir spirituel de l'Église, qu'il fait serment de révérer, et son pouvoir temporel qu'il veut renverser.

On peut l'entendre lui-même en maint endroit de ses livres : il suffira de reproduire ici un passage qui résume tous les autres : *Deus ipse mihi testis est*, dit le légiste au terme de sa carrière, « et in supremo judicio coram Angelis omnibus et sanc-« tis erit, quando catholicæ fidei et disciplinæ ecclesiasticæ studio « id oneris et periculi susceperim, quàm ego hæreticorum et « fanaticorum et seditiorum affectibus minimè inserviero, nihil « citans nisi ex veris et auctoribus probatis, antiquos Episcopos, « ipsam quoque Ecclesiam magnis laudibus efferens, quorumdam « tantùm à paucis seculis manifestos abusus à sacris canonibus « et conciliis et omnibus doctis damnatos vellicans, et in exem-« plum proponens non solùm primitivæ Ecclesiæ statum, sed « etiam posterioris quæ sub sanctis doctoribus et conciliis gene-« ralibus floruit... [1] »

C'est donc dans la nature intime des deux principes que Dumoulin a successivement combattus, qu'il faut chercher la raison de la différence profonde qui sépare sa lutte contre la féodalité de ses attaques contre l'Église. En s'armant contre la papauté, comme en battant le pouvoir féodal en brèche, Dumoulin a été exclusivement légiste, rien de plus, et si la rigueur exacte de l'histoire le place au rang des hérétiques de son temps, la vérité impartiale doit assigner à ses idées le caractère qui leur appartient.

En dehors de la déclaration solennelle qu'il vient de faire, voulez-vous des preuves? On en peut fournir deux frappantes.

[1] Dumoulin. *Traité des censives*, § 95 *in princip.*

Digitized by Google

D'abord, s'il n'eût pas été légiste plutôt que réformé, Dumoulin aurait écrit en doctrinaire, il aurait fait contre la papauté des exégèses dogmatiques, à l'imitation de Luther et de Calvin ; il n'aurait pas donné à ses attaques le caractère national qui les distingue ; il n'eût pas sans cesse ramené au milieu de ses écrits les plus acerbes, ses principes sur la supériorité du pouvoir royal et l'indépendance de la religion nationale. Enfin, et ce fait suffirait seul, Dumoulin mourut catholique. Tout en respectant ici ses principes de l'ordre surnaturel, il est permis de dire qu'un homme comme Dumoulin, si le protestantisme et le triomphe des idées religieuses eussent été le but constant de ses efforts, la pensée de sa vie tout entière, fût mort protestant, comme Luther et Calvin ; dans la sphère élevée des chefs de secte, un exemple contraire n'existe pas [1]. Il en fut autrement et *il importe,* ainsi que parle Brodeau, « que la France et toute la république des « lettres sachent que ce grand homme, né bon catholique, est « mort dans le giron de l'Église romaine, quoiqu'il ait été quel- « que temps sectateur des nouvelles opinions qui ont surpris et « abusé les plus beaux esprits de son temps, et que, pour avoir « toujours vécu dans la liberté et la générosité d'un bon Français « entièrement désintéressé, amateur de son roy et de sa patrie, « et défenseur inflexible de son autorité, des droits de la cou- « ronne et des libertez de l'Église gallicane, il ne passe point « pour hérétique et hérésiarque [2]. »

Interrogez maintenant les résultats de la double lutte soutenue par Dumoulin, au seizième siècle, vous y verrez percer encore cette différence profonde qui signale son influence dès le début.

Le règne de la féodalité, comme puissance politique, est fini. Les principes sur lesquels Dumoulin vient d'asseoir les fondements du pouvoir royal, feront désormais loi dans le droit public du pays. C'est après lui que les publicistes du dix-septième et du dix-huitième siècles, diront que « le roi de France ne tient son

[1] « Ad ei morienti assistendum admissi sunt quos petierat tres viri, Clau- « dius Espenseus, nulli theologorum sui temporis cedens, cum quibus de « prædestinatione ità egit, ut ipsi mirarentur obscuram quæstionem tàm di- « lucidè ab eo tractari potuisse : secundus fuit Curtius pastor sancti An- « drææ, in quâ parochiâ domicilium erat Molinæi : tertius Renatus Bonellus « collegii Plessæi præfectus. (*Vie de Dumoulin*, par Mornac.)

[2] Brodeau, *Vie de Dumoulin.*

Digitized by Google

« royaume que de Dieu et de son épée [1], » que « la souveraineté « du roi n'a que Dieu seul au-dessus d'elle, » que c'est « une « puissance absolue et perpétuelle donnée à un seul sur tous les « hommes d'un pays [2]. » C'est après lui qu'ils proclameront le principe : « Si veut le roi, si veut la loi [3] ; » « le germe de la « loi, ajouteront-ils, est dans le cœur du roi, sa volonté marquée « à certains caractères la fait éclore [4]. » Comme lui, ils placeront la royauté au-dessus du roi : « le royaume de France est « héréditaire, il est déféré aux mâles à l'exclusion des filles... « Le royaume de France ne tombe point en partage... Les rois « de France ne peuvent exhéréder leur fils aîné, ni l'exclure de « la couronne [5]. » Enfin, les États du royaume héritiers de sa doctrine, sanctionneront l'inaliénabilité du domaine royal [6].

Des principes ses disciples descendront aux conséquences avec lui. « Toutes les personnes de son royaume sont sujettes au roi, « de quelques dignitez qu'elles soient revêtues [7]. » « Au roi seul « appartient de faire la paix et la guerre, de lever tributs, de « faire battre monnoye, d'accorder grâces et rémissions [8]. » « Les choses réputées publiques sont censées appartenir au « roi [9]. » Quiconque exerce dans l'État un droit dérivant de la souveraineté, ne peut l'exercer que de l'agrément du roi [10].

La législation poursuivra dans la pratique l'application de toutes ces maximes. Les États d'Orléans et de Blois aboliront

[1] Loisel, liv. I, tit. II, règ. 2. Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, liv. I, règ. 1.

[2] Denisart, v° *Roi*.

[3] Loisel, *ub. sup.*, reg. 1. De L'Hommeau, *Maximes*, etc., max. 5.

[4] Denisart, v° *Roi*.

[5] Pocquet, *ub. sup.*, liv. I, t. I, reg. 7, 8, 9, 10. De L'Hommeau, max. 6 et 7.

[6] *Edits de* 1566 (art. 1) et de 1579 (art. 329). Isambert; *Recueil*, etc., t. XIV, p. 185 et 452.

[7] Loisel, *ub. sup.*, règ. 4. Pocquet, *ub. sup.*, r. 3.

[8] Loisel, *ub. sup.*, r. 5. De L'Hommeau., *Max.* 9, 11, 12 et 13. Pocquet, *ub. sup.*, r. 4.

[9] Qui a juridiction sur les choses publiques? se demande Lange; il répond : C'est le roi seul, à qui tout ce qui est public appartient, comme au souverain maître de l'Etat (*La nouvelle pratique*, etc., première part., l. II, chap. VI). Loisel, liv. II, tit. II, règle 5. Pocquet, liv. II, tit. I, règ. 7 Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXX, n° 5.

[10] Lange, *ub. sup.*, Henriquez, *Code des seigneurs*, chap. XXI, n° 1 ; c. XXV, n° 1.

Digitized by Google

tous péages qui ne seront pas fondés en titre ou possession légitime, réglementeront les droits reconnus aux seigneurs par l'usage sur les chemins et les rivières, et leur imposeront, en retour de leurs priviléges, de strictes obligations [1]. Ils interdiront à tous gentilshommes de lever sur leurs terres *aucunes exactions indeues par forme de tailles, aydes, creues ou autrement, sous quelque couleur que ce soit,* sinon, aux cas de droit, et ils accorderont aux juges royaux la faculté de les réduire, quand elles seront trop onéreuses [2]. Enfin une déclaration de 1621 complétera ces dispositions en proclamant les exactions crimes de lèse-majesté [3].

Le droit de justice restera ce que l'a fait Dumoulin. Ainsi qu'il l'a établi dans son livre *Des fiefs* : « le roi est le principe et le « terme de toutes les justices. Toutes les juridictions relèvent du « roi, médiatement ou immédiatement, lui seul les peut con- « céder [4]. » « Il est seul fondé de droit commun en haute, « moyenne et basse justice par tout son royaume [5], » et « quand il l'a donnée aux ducs, aux comtes et autres seigneurs, « ça été pour la faire exercer comme un droit purement royal [6]. » Puis, comme conséquence de ce principe, on écrit, en détournant à son exemple de son sens primitif une maxime originairement féodale, que « fief et justice n'ont rien de commun [7], » c'est-à-dire, poursuit-on, « que le fief peut être sans justice [8], » et que « la justice en tant que justice n'a point de directe [9]. » Enfin, on conclut que « les seigneurs qui prétendent droit de

[1] Ordonn. d'Orléans de 1560, art. 107 et 138 ; Ordonn. de Blois de 1579, art. 285. Isambert, *Rec.*., t. XIV, p. 90 et 443.

[2] Ordonn. d'Orléans, art. 106 et 130; Ordonn. de Blois, art, 275 et 280. Isambert, *Recueil, ub. sup.*

[3] Isambert, *Rec.*, t. XIV, p. 140.

[4] De L'Hommeau, liv. I, *max.* 3. Pocquet, *ub. sup.*, liv. I, t. I, r. 5.

[5] Bacquet, *Des droits de justice,* chap. IV, n° 1. Henriquez, *ub. sup.* chap. XXVIII, n° 11.

[6] Lange, *ub. sup.*, première partie, liv. I, chap. II.

[7] De L'Hommeau, liv. II, *max.* 3. Pocquet, *ub. sup.*, liv. II, t. V, chap. I, règ. 2. Henriquez, *ub. sup.*, chap. I, chap. XXVIII, n° 9. Les coutumes d'Anjou (art. 4) et du Maine (art. 7) gardaient, il est vrai, un autre principe, mais Pocquet écrit formellement qu'elles réservaient néanmoins les droits royaux, consistant dans les droits de souveraineté et de ressort, et dans les cas royaux (*Traité des fiefs*, liv. VI, chap. III).

[8] Lange, *ub. sup.*, première partie, liv. I, chap. II.

[9] Henriquez, *ub. sup.*, chap. XXVIII, n° 10.

Digitized by Google

« juridiction doivent justifier de la concession qui leur en a été « faite [1] » et « qu'il n'y a point de justice en franc-aleu [2]. »

Si vous placez maintenant les justices seigneuriales en face des justices royales, vous verrez se développer le système envahissant de Dumoulin. Les premières ne sont que des juridictions *subalternes*, c'est ainsi qu'on les appelle vulgairement ; les autres sont les juridictions *ordinaires* [3]. Aussi non-seulement réserve-t-on au juge royal les appels et les cas royaux [4], mais encore est-il permis aux parties d'abandonner le tribunal du Seigneur pour le tribunal du roi, et ne laisse-t-on alors au justicier qu'un droit impuissant de revendication [5]. En matière criminelle, la prévention devint auxmains des juges royaux une arme si puissante, que l'ordonnance de 1670 lui substitue, dans une vue d'équité, la voie plus douce de la dévolution, avec des conditions qui respirent néanmoins l'esprit de ces paroles de Dumoulin, au sujet des juges seigneuriaux : *Non censetur habere jurisdictionem, nisi in quantùm est vigil et sollicitus in eâ benè administrandâ* [6].

Sur le terrain des conséquences fiscales du droit de justice, la victoire semble plus incertaine pour la royauté. Le droit de confiscation est un fruit de haute justice, *s'il n'y a coutume au contraire*, et sous la réserve des cas royaux [7]. Ainsi du droit de déshérence, toujours *s'il n'y a coutume au contraire*, et à la charge pour le seigneur de payer les dettes au prorata [8]. De

[1] Henriquez, *ub. sup.*, nos 11 et 12.

[2] Loisel, liv. II, t. I, r. 19. Bacquet, *ub. sup.*, chap. IV, no 8. Lange, première partie, liv. II, chap. XI.

[3] Lange, première partie, liv. I, chap. II.

[4] Henriquez, *ub. sup.*, chap. XXVIII, nos 6 et 7. Lange, *ub. sup.* Les appels en tous cas se relevaient médiatement ou immédiatement au juge royal, et si, dans l'étendue d'une prévôté, il n'y avait pas de seigneurs haut justiciers, les appels des bas et des moyens justiciers se relevaient au prévôt royal.

[5] Encore cette innovation date-t-elle de l'ordonnance de 1667 ; auparavant, il en etait autrement (Lange, *ub. sup.*, partie prem., liv. I, chap. II et IV). Denisart, v° *Prévention*.

[6] Ordonn. de 1670, t. I, art. 9. Bornier, *ib.* Voir au procès-verbal la conférence du 6 juin 1670. Daguesseau, *Maximes sur la compétence*, etc., § 8. *Le motif de l'etablissement de cette prévention*, disait sans détours Dénisart, *est de faire sentir aux seigneurs justiciers et à leurs justiciables que ces sortes de justices viennent du roi, à qui elles ont originairement appartenu.* V. *Prévention*.

[7] Bacquet, *ub. sup.*, chap., XIII, nos 2, 3, 5.

[8] Bacquet, *Du droit de déshérence*, chap. II, nos 4 et 5.

Digitized by Google

même pour les épaves trouvées dans l'étendue de la haute justice [1]. De même enfin pour les banalités [2].

Quant aux droits d'aubaine et de bâtardise, de tous les plus importants, la lutte est vivante, et puise chaque jour de nouveaux éléments au contact d'intérêts immédiats. La réformation des coutumes l'a mise en lumière. Dans quelques-uns de ces codes municipaux, les seigneurs l'ont emporté ; en Anjou et dans le Maine, par exemple, la succession des aubains leur appartient en vertu d'une disposition formelle, et malgré les protestations des gens du roi. Le droit de bâtardise leur est plus généralement encore reconnu, soit purement et simplement, soit avec des distinctions qui ne laissent rien, toutefois, aux prétentions du roi [3]. Les jurisconsultes royaux lutteront contre ces dispositions. En Anjou, les gens du roi poseront en principe que les seigneurs sont sans droit à réclamer la succession des aubains, dans les coutumes même qui la leur attribuent par une disposition spécifique [4] ; les feudistes et les arrêtistes enseigneront que le droit d'aubaine est purement royal, et que les seigneurs ne peuvent le prétendre par quelque possession que ce soit, s'ils n'en ont une concession particulière du roi en bonne forme [5]. Pour le droit de bâtardise, s'armant d'une distinction écrite dans les ordonnances de Charles VI qu'ils restreindront encore, les juristes assujettiront le droit du seigneur à des conditions strictes, dans lesquelles ils feront rentrer les coutumes dissidentes [6] : en vain les textes absolus de la coutume de Bretagne protesteront-ils contre cet envahissement, le parlement de Paris passera outre, sans s'arrêter à l'intervention des États de la province [7]. Enfin, non contente de resserrer dans d'étroites limites les droits des seigneurs,

[1] Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXXIII.

[2] Loisel, liv. II, tit. II, règ. 16. Salvaing, *Traité des fiefs*, chap. XXXIX et LXV. Bacquet, *ub. sup.*. chap. XXIX.

[3] Pocquet, *Traité des fiefs*, liv. VI, chap. IV. Voyez le procès-verbal des coutumes d'Anjou et du Maine sous les art. 41 et 48. D'Aguesseau. *Dissertation sur les bâtards*, passim.

[4] Pocquet, *ub. sup. ibid.*

[5] Henriquez, *ub. sup.*, chap. XXVIII, nº 74. Bacquet, *Droit de justice*, ch. XXII. *Droit d'aubaine*, chap. XXVIII et XXIX. Lange, *ub. sup.*, partie première, liv. II, chap. I. Pocquet, *ub. sub.*, *ibid*

[6] Pocquet, *Règles du droit français*, liv. I, t. I, sect. 1, règle 72. Henriquez, chap. XXXI, nºs 1, 2, 3, 5.

[7] Denisart, vº *Bâtards*.

Digitized by Google

la royauté s'armera contre eux, pour les dépouiller complétement, de l'autorité des plus grands noms [1].

Victorieuses dans les sphères élevées du pouvoir et de la constitution nationale, les idées de Dumoulin triomphent encore dans les régions plus humbles des rapports féodaux. Le fief reste ce que Dumoulin l'a montré, un contrat. « Il y a, dit-on, « une obligation réciproque entre le seigneur et son vassal; le « seigneur doit protection et amitié à son vassal; le vassal doit « à son seigneur le respect et l'obéissance [2]. » « Le consentement « réciproque des parties une fois prêté forme un fief, un contrat « féodal tellement synallagmatique, que l'un, sans le consente- « ment de l'autre, n'en peut changer les conditions [3]. » « Si le « vassal manque de fidélité envers son seigneur, il commet son « fief; si le seigneur vexe son vassal, au lieu de le protéger, il « est exposé à perdre le droit de fief [4]. »

Il serait aisé de pousser jusqu'au bout ce rapprochement, de montrer les droits seigneuriaux resserrés par les coutumes dans les plus étroites limites, contenus par les feudistes et la jurisprudence dans les bornes les plus strictes, frappés partout de ce stigmate odieux que Dumoulin leur a imprimé, marchant enfin à grands pas vers leurs ruine [5]. Les principes constitutifs de la féodalité, le droit d'aînesse, par exemple, apparaîtraient sous un jour nouveau, affaiblis et réduits par les distinctions et les limitations de Dumoulin, de telle façon que ce qui était autrefois l'exception est devenu la règle, et que le droit commun du quinzième siècle est, au dix-huitième, une véritable dérogation [6].

Ce qui précède suffit aux besoins de la démonstration. La victoire de Dumoulin est complète, son succès éclatant. Une gloire plus grande encore lui est cependant réservée : un pouvoir résumant dans une unité absolue toutes les forces de la nation, un

[1] Daguesseau, *ub. sup.* Son mémoire a pour but d'établir le droit exclusif du roi.

[2] Pocquet, *ub. sup.*, liv II, tit. V, c. I, nº 13.

[3] Pocquet, *ub. sup.*, *ib.*, section III, nº 12.

[4] Henriquez, *ub. sup.*, chap. IV, nº 2. Pocquet *ub. sup.*, *ib.*, sect. VIII, nos 2, 3.

[5] Pocquet, *Règles du droit français*, liv II, tit. VI, chap. I, sect. IV et V. *Traité des fiefs*, liv. II, t. IV.

[6] Pocquet, *Règle*, etc., liv. III, chap. I, sect. 1. *Traité des fiefs*, liv. VI, chap. XII, sections 1, 2 et 3. Suivant le droit commun, le droit d'aînesse n'est admis qu'en directe.

Digitized by Google

souverain tenant dans ses mains les destinées de son peuple, un roi uni à ses sujets par une intime solidarité, une monarchie enfin réunissant en elle tout ce que la grandeur et la majesté peuvent offrir de plus saisissant aux yeux des hommes, tel était le rêve du légiste quand il combattait la féodalité. Le siècle suivant réalisera ce rêve, et son plus illustre comme son plus fidèle représentant le résumera d'un mot : l'État, c'est moi.

Si le dernier mot est dit sur la lutte politique après Dumoulin, en est-il de même pour la lutte religieuse ? Lorsqu'on étudie l'influence exercée par un génie sur son siècle, et ses résultats dans les âges qui le suivent, c'est bien plutôt dans les faits que dans les livres qu'il faut en constater la véritable portée. Victorieux dans les écrits qui subissent quelquefois l'ascendant d'une théorie préconçue, un système peut-il être tenu pour certain et vrai, si les faits le repoussent et si les mœurs le contredisent ? Il y a plus : dans l'étude d'une influence, la preuve irrécusable et nécessaire du succès n'est-elle pas l'aveu même de sa défaite par le système vaincu ? Et si, au dix-huitième siècle, on peut affirmer sans crainte d'erreur que Dumoulin a rayé la féodalité du sol français, la véritable preuve de cette assertion ne se trouve-t-elle pas dans le complet effacement de la puissance féodale, et dans le solennel aveu de la nuit du 4 août 1789 ?

Fidèle aux principes du maître dans l'ordre religieux comme dans l'ordre politique, les disciples écriront un code des libertés de l'Église gallicane, que les Parlements appliqueront avec une rigoureuse exactitude. « Les papes, dira Pithou, ne peuvent « rien commander ni ordonner, soit en général ou en particulier, « de ce qui concerne les choses temporelles ès pays et terres de « l'obéissance et souveraineté du roi très-chrétien [1]... Le pape « ne peut exposer en proye ou donner le royaume de France et « ce qui en dépend, ni en priver le roi, ou en disposer en quelque « façon que ce soit [2].... Le pape ne peut lever aucune chose sur « le revenu du temporel des bénéfices de ce royaume [3]... Ne peut « aussi excommunier les officiers du roi, pour ce qui concerne « l'exercice de leur charge ou office [4]... Encore que le pape soit

[1] Pithou, *Traité des droits et libertez de l'Eglise gallicane*, art. 4.
[2] *Id.. ibid.*, art. 15.
[3] *Id., ibid.*, art. 14.
[4] *Id., ibid.*, art. 16.

Digitized by Google

« reconnu pour suzerain ès choses spirituelles, toutefois en France « la puissance absolue et infinie n'a point de lien, mais est rete- « nue et bornée par les canons et règles des anciens conciles de « l'Église reçus en ce royaume [1]. » « Les princes chrétiens ont « deux qualités qui leur donnent beaucoup d'autorité dans « l'Église et sur les affaires ecclésiastiques. Ils sont les premiers « magistrats, et ils doivent veiller pour maintenir la paix et la « tranquillité publique dans leurs États; ils sont les protecteurs « des canons, et ils doivent employer leurs soins à les faire res- « pecter [2]. »

Ces principes posés, vous verrez bientôt les conséquences rayonner en tous sens.

S'agit-il de juridictions, les évêques tiennent leur droit en partie de Dieu, en partie du roi, « non pas en fief comme les « seigneurs, mais comme une grâce et un privilége accordé à « l'Eglise par les princes temporels [3]. » On ne leur disputera point la connaissance des matières spirituelles; pour les matières temporelles, on leur laissera les questions personnelles entre ecclésiastiques, le domaine territorial du roi l'emportera dans les questions réelles; enfin, dans les matières mixtes, on basera toutes les décisions sur une distinction que la voie des appels comme d'abus rendra bientôt illusoire pour la juridiction ecclésiastique [4]. En matière criminelle, le droit canonique plus étendu de prime abord, puisqu'il atteint les délits et les crimes commis par des clercs ou sur eux, ne tardera pas à se restreindre à l'aide des cas privilégiés. Partout, en effet, où la puissance temporelle se montrera, la puissance ecclésiastique devra céder. C'est elle qui, dans tous les cas, fera exécuter les décrets de prise de corps; elle qui le plus souvent infligera les peines prononcées par l'official; elle encore qui, en cas de concours entre un délit privilégié et un délit commun, prononcera la première; elle aussi qui pourra absoudre dans sa sphère, sans que dans la sienne et pour le même fait l'autorité de l'Eglise puisse condamner; elle enfin qui, sans être liée par le jugement du délit com-

[1] Pithou, *ub. sup.*, art 15.

[2] D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, partie première, chap. XII, n° 1.

[3] Lange, *ub. sup.*, partie première, liv. I, chap. I.

[4] D'Héricourt, première partie, chap. XI, nos 1, 2, 3, 4, 5, 6 et suiv. Lange, *ub. supr.*; et *Traité de l'exemption des ecclésiastiques.*

Digitized by Google

mun, liera au contraire par le jugement du cas privilégié [1].

S'agit-il des bénéfices, terrain habituel des conflits, on protége sans distinction le droit des ordinaires contre la prévention du pape [2], et, sans distinction aussi, la régale du roi contre le droit des ordinaires [3]. Le patronage du souverain aux bénéfices consistoriaux devient, en dépit des oppositions de la Pragmatique, le droit commun. Le concordat, écrit-on, n'est pas le seul titre du roi ; son droit est royal et inhérent à sa couronne ; le traité n'a fait que le remettre en possession de ce qui lui appartenait [4]. Les résignations *in favorem* sont odieuses, comme parlait Dumoulin, et Pithou proclame après lui qu'elles sont censées illicites et de nulle valeur, comme ressentant simonie [5]. Aussi les édits entourent-ils de précautions chaque jour nouvelles l'exercice de ce droit [6].

Au-dessus de cette législation exceptionnelle plane la théorie des appels comme d'abus. Ses limites, on ne saurait les assigner, puisqu'elle atteint tout ce qui est contraire aux « décrets et canons reçus dans le royaume, aux droits, franchises, libertés « et priviléges de l'Église gallicane, concordats, édits et ordonnances du roi, arrêts de son Parlement ; bref, contre ce qui est « non-seulement de droit commun, divin et naturel, mais aussi « des prérogatives de ce royaume et de l'Église d'icelui [7]. » Le Parlement seul en peut connaître : ne porte-t-il pas, en effet, le caractère de la majesté souveraine des rois ? Ne représente-t-il pas le corps de la nation dans les différents membres dont il est

[1] Lange, *ub. sup.*, et *Traité du privilége clérical in criminalibus*. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques ub sup.*, nos 20, 21 et suiv. Dans tous les cas de conflits, la solution appartient au juge royal (d'Héricourt, *ub. sup.*, no 12). Y a-t-il un droit, qui put résister à un principe semblable?

[2] Denisart, vo *Prévention en matière bénéficiale*. La collation de l'ordinaire, fût-elle nulle, n'en empêche pas moins la prévention.

[3] Denisart, vo *Régale*. La régale s'ouvre par la promotion d'un évêque au cardinalat, parce qu'un cardinal devient l'homme du pape, et donne par là, en quelque manière, atteinte au serment de fidélité qu'il avait fait au roi comme évêque.

[4] Denisart, vo *Patronage*.

[5] Denisart, vo *Résignations*.

[6] Denisart, *Résignations*. Edit de novembre 1637, édits de janvier 1651, du 4 octobre 1670 et de juin 1671. Déclarations de décembre 1691 et de février 1737. (Isambert, *Recueil*, t. XVI, p. 482 ; t. XVII, p. 229 ; t. XVIII, p. 423 et 435).

[7] Pithou, *ub. sup.*, art. 79 et 80.

Digitized by Google

composé, et qui sont choisis dans tout ce qu'il y a de plus distingué dans l'Église et dans l'État? L'appel comme d'abus enfin, lorsqu'il touche au droit public, n'est susceptible ni de péremption, ni de désertion; on ne saurait opposer à son excercice aucune fin de non-recevoir; l'abus ne se couvre jamais [1].

Nul doute jusqu'ici que le système religieux de Dumoulin n'ait triomphé dans les livres; on en pourrait apporter de nombreuses preuves encore [2]; ce qui précède suffit. Voyons les faits maintenant.

En 1614, à l'assemblée des Etats, on veut exiger des ecclésiastiques une reconnaissance solennelle du droit divin de la royauté, et de l'inviolabilité de l'autorité royale. Le cardinal du Perron se lève alors et montre qu'il n'y a point de profession qui soit plus étroitement liée par le devoir de fidélité aux princes que la société ecclésiastique : qu'elle y est tenue non-seulement par la conscience, mais par la raison même, son repos et sa paix dépendant de la prospérité des affaires du roi; qu'enfin c'est par de semblables propositions, qu'au lieu de garantir la personne des rois et la paix de leur empire, on met en péril l'un et l'autre en faisant naître les guerres, les discordes, et tous les malheurs que les schismes enfantent [3]. Trois ans plus tard, c'est Richelieu lui-même qui s'écrie, en s'adressaut aux auteurs de la proposition de 1614 : « Vous tâchez de rendre la puissance des papes « suspecte à tous les rois de la terre. Mais la dignité royale et celle « de l'Eglise n'ayant aucune répugnance, ce que nous rendons « au saint-siége n'empêchera point que nous fassions paraître « par les effets ce que vous professez de parole, savoir, qu'un « sujet doit sa vie et tous ses moyens à la défense de la dignité « de la couronne [4]... »

En 1638 paraît le livre de Pithou, que les légistes du dix-huitième siècle ont appelé le *palladium* des libertés de l'Église gallicane. Réunis à Paris sous la présidence de Richelieu en assemblée du clergé, les évêques de France s'élèvent contre cette

[1] Denisart, v° *Abus*.

[2] Denisart, vis. *Légat*, *Liberté de l'Eglise gallicane*, *Nonce*, *Obédience*, *Official*, *Pape*, etc., etc. Pithou, *passim*, d'Héricourt, *ub. sup.*, *passim*, et principalement dans les deux premiers livres.

[3] Dupleix, *Histoire de Louis XIII*, t. I, p. 48 et 49.

[4] Richelieu, *Principaux points de la défense de l'Eglise catholique*, *passim*.

Digitized by Google

compilation où « l'auteur, disent-ils, a eu soin d'insérer quel-
« ques-uns des droits incontestables de notre religieux monarque,
« et quelques priviléges qu'il mêle au rang de ce qui mérite le
« moins de porter le nom de libertés de l'Église gallicane, et
« que l'on pourrait, à bien plus juste titre, intituler *de vraies ser-*
« *vitudes,* que le mensonge et l'hérésie voudraient imposer à
« notre Église [1]. » Déjà, devançant cette sentence, un arrêt du Conseil privé du 20 novembre 1638 avait frappé d'interdit le livre de Pithou [2].

Une déclaration du 10 février 1673 déclare le droit de régale indistinctement applicable à tous les évêchés du royaume, à la réserve seulement de ceux qui en sont exempts à titre onéreux [3]. Le Languedoc protestait depuis longtemps contre les prétentions régaliennes, le Parlement l'avait condamné en 1608, la déclaration nouvelle avait pour but de mettre un terme à ses réclamations, il proteste de nouveau, et comme Louis XIV pourvoit en régale les bénéfices d'Alet et de Pamiers, des métropolitains l'affaire est portée au pape. Innocent XI condamne les pourvus et censure hautement l'entreprise du roi. Le Parlement ordonne la suppression de la bulle. Le roi enfin, pour terminer le conflit, assemble à Paris le clergé de France, qui presque tout entier déjà a reconnu la déclaration de 1673, et met au jour la déclaration de 1682.

La déclaration de 1682 est, dans sa lettre, fille des doctrines de Dumoulin. N'a-t-il pas dit avant elle « que saint Pierre et ses
« successeurs, vicaires de Jésus-Christ, et que toute l'Église,
« n'ont reçu de puissance de Dieu que sur les choses tempo-
« relles et civiles ? » Et n'a-t-il pas conclu comme elle « que les
« rois et les souverains ne sont soumis à aucune puissance ecclé-
« siastique, par l'ordre de Dieu, dans les choses temporelles;
« qu'ils ne peuvent être déposés ni directement, ni indirectement
« par l'autorité des chefs de l'Église ; que leurs sujets ne peu-
« vent être dispensés de la soumission et de l'obéissance qu'ils
« leur doivent, ni absous du serment de fidélité ? » Ne croit-on pas l'entendre lui-même professer « que l'usage de la puissance
« apostolique doit être réglé suivant les canons faits par l'es-
« prit de Dieu et consacrés par le respect général; que les

[1] *Collection des procès-verbaux du clergé*, t, III. Pièces justificatives, nº 1.
[2] *Les vrais principes de l'Eglise gallicane*, par Frayssinous, p. 58, nº 1.
[3] Isambert, *Recueil*, t. XIX, p. 67. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, liv. deuxième, chap. VI, nº 3.

Digitized by Google

« règles, les coutumes et les constitutions reçues dans le « royaume et dans l'Église gallicane doivent avoir leur force et « vertu ? » Enfin, n'a-t-il pas écrit en maint endroit que le jugement du pape « n'est pas irréformable, à moins que le consente- « ment de l'Église n'intervienne [1] ? »

Voilà pour la lettre ; mais en peut-on dire autant de l'esprit ? Bossuet, qu'on a toujours et à juste titre regardé comme l'âme de la déclaration, qu'il couvre de l'autorité de son nom, place en regard des priviléges qu'elle sanctionne le principe inviolable de l'unité de l'Église. Rome, à ses yeux, est toujours le centre du pouvoir religieux d'où descendront les arrêts et d'où rayonnera la vérité. Au frontispice de son discours, à l'ouverture de l'Assemblée, il place l'unité. « Vous voulez faire votre Église belle, « dit-il, vous commencez par la faire parfaitement une, car, « qu'est-ce que la beauté, sinon un rapport, une convenance, « et enfin une espèce d'unité? » L'objet de son discours n'est autre que de montrer, pour parler comme lui, que « l'Église « est belle et une dans son tout..., belle et une en chaque mem- « bre..., belle et une d'une beauté et d'une unité durable. » Enfin qui ne l'entend, prophète d'un autre âge, s'écrier en terminant : « Tremblez à l'ombre même de la division : songez au « malheur des peuples qui, ayant rompu l'unité, se rompent en « tant de morceaux, et ne voient plus dans leur religion que la « confusion de l'enfer et l'horreur de la mort. Prenons garde « que ce mal ne gagne. Déjà nous ne voyons que trop parmi « nous de ces esprits libertins..., nuées sans eau..., docteurs « sans doctrine, qui pour toute autorité ont leur hardiesse, et « pour toute science leurs décisions précipitées... Opposons à ces « esprits légers et à ce charme trompeur de la nouveauté la « pierre sur laquelle nous sommes fondés [2]. »

Restent les résultats. La déclaration est enregistrée au Parlement. Un édit de 1682 défend de rien écrire ou enseigner qui n'y soit conforme, et l'impose à l'enseignement théologique et à la profession publique des gradués [3]. Le successeur d'Innocent XI, Alexandre VIII, parlant aux évêques et au roi le langage d'une sévère autorité, déclare hautement toutes les choses qui se sont

[1] Déclaration du clergé de France sur la puissance ecclésiastique du 19 mars 1682.

[2] Bossuet, *Sermon sur l'unité de l'Eglise*, passim.

[3] Isambert, *Recueil*, t. XIX, p. 379.

Digitized by Google

faites en 1682 « nulles de plein droit, invalides, sans effet, injustes, « condamnées, réprouvées, illusoires, entièrement destituées de « force et de valeur ; » puis il écrit à Louis XIV, et, tout en maintenant l'intégrité de ses droits, le conjure de renoncer à ses entreprises [1]. D'un autre côté, l'université de Douai oppose à l'édit de 1682 une respectueuse résistance, et se déclare prête à renoncer à toute promotion et dignité, plutôt que de se soumettre à des enseignements qui ne peuvent se concilier avec sa conscience [2]. La faculté de théologie de Paris ne lui donne qu'un assentiment de formes [3]. Un concile national réuni en Hongrie flétri et proscrit la déclaration, dont les principes se répandent en Europe, et y donnent « un aliment et un appui à la perfidie de l'er- « reur [4].» Alors, effrayés eux-mêmes des suites du conflit qu'ils ont provoqué, les évêques adressent au pape Innocent XII leur soumission, et se déclarent « affectés douloureusement et au- « dessus de tout ce qu'on peut dire de tout ce qui s'est fait dans « l'assemblée du clergé : ainsi, ajoutent-ils, tout ce qui, dans cette « même assemblée, a pu être censé décrété sur la puissance ecclé- « siastique et sur l'autorité pontificale, nous le tenons et déclarons « qu'on doit le tenir pour non décrété [5]. » Ce n'est point assez encore. Effrayé, lui aussi, de l'usage qu'on fait de la déclaration dans le domaine politique, le roi Louis XIV écrit au pape : « Comme je cherche de lui faire connaître (mon respect filial) « par les plus fortes preuves que j'en puis donner, je suis bien « aise aussi de faire savoir à Votre Sainteté que j'ai donné les « ordres nécessaires pour que les choses contenues dans mon édit « du 22 mars 1682, touchant la déclaration faite par le clergé de « France, à quoi les conjonctures passées m'avaient obligé, ne « soient pas observées [6]. » Enfin on connaît le mot de Bossuet : *Abeat ergò Declaratio quò libuerit ! non enim eam, quod sæpè profiteri juvat, tutandam hìc suscipimus* [7].

Il faut s'arrêter ici : non pas que les documents fassent défaut,

[1] Bulle *Inter multiplices*, etc., et Lettres à Louis XIV, citées par l'abbé*** dans le livre *La France et le Pape. Pièces justificatives*, p. 533 et 535.

[2] *Id. ibid.*, p. 536.

[3] *Id. ibid.*, p. 539.

[4] *Id. ibid.*, p. 538.

[5] *Id. ibid.*, p. 199.

[6] *Id. ibid.*, p. 200.

[7] *Id. ibid.*, p. 201.

Digitized by Google

car il serait aisé de montrer Clément XI et Pie VI protestant au dix-huitième siècle contre les nouvelles entreprises du roi et le rappelant au respect de la foi jurée, et de faire voir l'épiscopat entier répudiant la déclaration [1]; mais ce qui précède suffit à prouver la vérité de ces paroles de Bossuet, quand il parle de son discours prononcé en 1682 : « Je fus indispensablement « obligé à parler des libertés de l'Église gallicane, et je me pro- « posai deux choses : l'une de le faire sans diminution de la vraie « grandeur du saint-siége; l'autre de les expliquer de la manière « que les entendent les évêques, et non pas de la manière dont « les entendent les magistrats [2]. » Or, les magistrats ici, c'est le Parlement, et le Parlement, c'est Dumoulin.

Héritier des doctrines du légiste, le Parlement continuera, au dix-huitième siècle, les traditions du seizième, et se fera de la déclaration de 1682 un *palladium*, comme il se faisait un bouclier de la Pragmatique de Bourges. Une grande figure résume alors à sa tête toutes les idées de Dumoulin, d'Aguesseau [3].

Incorruptible comme son maître, animé comme lui d'un amour aussi grand que désintéressé pour les droits du trône et de la France, il défend la loi contre les dernières prétentions de la puissance féodale, contre le roi lui-même. Armé de ces formules puissantes dans lesquelles le génie de Dumoulin a résumé le droit public du royaume, il poursuit partout l'usurpation. « Toutes les fois qu'il s'agit de mouvance, la présomption « générale est toujours pour le roi, il n'a rien à prouver de sa « part; c'est à celui de ses sujets qui lui dispute une mouvance « à établir son droit par des titres incontestables. Mais si la cause

[1] Cette démonstration se rencontre complétement dans l'ouvrage précité, p. 210 et 409. Il faut voir aussi, dans un document cité au même livre (p. 156 et 157), et dans l'ouvrage de M. Frayssinous précité (*passim*), la justification de Bossuet, dont on a trop souvent incriminé la conduite en cette affaire.

[2] Bossuet, *Lettres* au cardinal d'Estrées. *OEuvres*, t. XXXVII, p. 244 (édition in-8, 1818).

[3] Arrêt du 25 juin 1748 ordonnant la suppression d'un livre du docteur piémontais Soardi, sous le titre : *De Supremâ Romani Pontificis auctoritate, hodiernâ Ecclesiæ gallicanæ doctrinâ*. Arrêt du Conseil du 9 septembre 1723, qui supprime un livre de l'abbé Fleury, *Discours sur les libertés de l'Eglise gallicane*.

Digitized by Google

« est douteuse..., alors ce doute même devient un principe de « certitude et de décision pour le roi... [1] » La mouvance du comté de Soissons rentrera dans le domaine royal. « La seigneu- « rie directe des particuliers n'est point inaliénable... Il n'en est « pas de même de la seigneurie directe du roi; elle fait une par- « tie principale de ce domaine sacré qui est hors du commerce « des hommes, et sur l'aliénation duquel les usages locaux et les « coutumes même n'ont aucun pouvoir [2]. » La châtellenie de Saint-Mégrin sortira du domaine des seigneurs d'Orchiac. « La « prescription d'une mouvance qui est si odieuse, si l'on veut, « dans la personne d'un seigneur particulier contre un autre « seigneur, est en quelque manière favorable dans la personne du « roi, contre les seigneurs inférieurs de son royaume, parce qu'à « l'égard du roi, la prescription ne fait que rétablir les choses « dans leur premier état, en ramenant les Fiefs à leur principe [3].» L'abbé de Brantôme abandonnera ses prétentions sur la seigneurie de Bourdeilles. »

Placez-le maintenant en face de la puissance religieuse. Pour lui l'Eglise est dans l'Etat, et non point l'Etat dans l'Eglise : la Pragmatique, plus respectable que le concordant, est encore en plus d'un point le Code des deux puissances : le livre de Pithou est le *Palladium* de la France; les arrêts du Parlement sont la sauvegarde de ses droits [4]. Que vient-on parler, dans la cause du chapitre de Saint-Hilaire de Poitiers, des dérogations apportées par le pape aux statuts de cette église ? « Nous n'avons point « reçu en France cette autorité absolue, indéfinie et arbitaire « que les flatteurs de la cour de Rome ont attribuée au pape. Son « pouvoir, quelque grand qu'il soit, est borné et limité par les « canons... L'Eglise et l'Etat sont également intéressés à conser- « ver les anciens règlements des Eglises qui maintiennent le bon « ordre et la tranquillité, et à réprimer toutes sortes de nouveautés

[1] D'Aguesseau, requête sur la mouvance du comté de Soissons. *OEuvres*, édition in-8, t. VIII, p. 657.

[2] *Id.*, Requête sur la mouvance de la terre Saint-Maigrin. *Id.*, t. IX, p. 51. *Id.*, t. X, p. 37.

[3] *Id.*, Requête sur la mouvance de la seigneurie de Bourdeilles. *Id.*, t. IX, p. 284. Voir (t. IX, p. 730) un Mémoire ayant pour but de faire révoquer le don de la terre de Brenval, comme inaliénable à titre de dépendance du domaine royal.

[4] *Id.*, v° *Instruction*, t. I, p. 688, 691, 704, 705, 706, 713, 721, 727.

Digitized by Google

« qui tendent à y introduire le trouble et la confusion [1]. » Comment invoque-t-on, dans la cause de frère Houdiart, un bref du pape portant confirmation d'un acte déclaré abusif par un arrêt? « Ce sera donc inutilement qu'on refusera en France de se sou-« mettre au pouvoir des congrégations de la cour de Rome, et « de reconnaître leur juridiction; en vain on déclarera leurs « décrets abusifs toutes les fois qu'ils paraîtront aux yeux de la « justice, si malgré la certitude de l'abus prononcé par une com-« pagnie souveraine, on se donne la liberté d'obtenir des confir-« mations auxquelles on attribuera un effet rétroactif pour faire « revivre ce que l'autorité du roi a déclaré nul [2]. »

Enfin, jeté par un de ces conflits si fréquents à son époque, en présence du privilége de juridiction qui rendait au criminel les évêques justiciables du pape, il place les deux puissances en regard l'une de l'autre; remontant à leur source, il les proclame, chacune dans sa sphère, universelles et indépendantes, et s'il reconnaît qu'elles se doivent un appui mutuel, il conclut aussitôt que la juridiction privilégiée de l'Eglise n'est qu'une concession que les princes peuvent lui accorder, comme ils peuvent ne la lui accorder pas, *leur volonté seule*, dit-il, *est leur règle à cet égard* [3]. Voilà bien le dernier mot du système et de la sphère retreinte où il se produit, on l'a déjà étendu à toutes les matières. Cet axiome nous ramène à Dumoulin.

En dernière analyse, soit qu'on étudie son œuvre en elle-même soit qu'on l'étudie dans ses résultas, on peut conclure, sans crainte d'erreur, que Dumoulin a été, à vrai dire, le premier légiste et le dernier à la fois. Avant lui, personne n'avait compris comme il l'a fait, la lutte de la Royauté contre la Féodalité et l'Eglise; personne n'avait su la transporter sur le terrain de la doctrine. Après lui, tout a été dit : les Feudistes comme les Gallicans des siècles suivants n'ont fait que reprendre la route qu'il avait lui-même parcourue.

Voilà le légiste...

[1] D'Aguesseau; vingt-cinquième plaidoyer (*OEuvres*, t. III, p. 243, 244, 245).
[2] *Id.*, vingt-sixième plaidoyer (*OEuvres*, t. III, p. 261, 262, 271.)
[3] D'Aguesseau, Mémoires sur la juridiction royale (*OEuvres*, t. VII, p. 455, 460, 470, 508, 514, 573, 578, 637, 641, 665).

AUBÉPIN,
Docteur en droit, substitut au Blanc (Indre),

(*La suite à un prochain numéro.*)

Digitized by Google

BARNABÉ BRISSON [1].

Nous nous sommes réunis pour rechercher, conserver et décrire les antiquités et les monuments historiques du pays que nous habitons. Les antiquités d'un pays, ses monuments historiques, ce ne sont pas seulement ses manuscrits et ses vieux livres, des armes rongées de rouille, des médailles, des tombeaux, et ces ruines vénérables que le temps a vaincues ; ce sont encore les faits principaux dont ce pays a été le théâtre et les citoyens illustres qu'il a produits.

Ici, où l'amour de l'étude nous réunit à des titres divers, l'archéologie n'a pas la prétention d'exclure l'histoire. Pendant qu'avec ferveur, avec patience, nos antiquaires exploreront les débris des monuments qui ne sont plus, et, pour ainsi dire, recueilleront jusqu'à leur poussière, d'autres, qui n'ont pas cette savante spécialité, peindront nos hommes célèbres, raconteront

[1] Cet éloge historique du président Barnabé Brisson a été composé, il y a près de vingt ans, pour la société des *Antiquaires de l'Ouest*, qui venait d'être fondée. Il fut inséré dans des mémoires de cette société et ne reçut point d'autre publicité, si ce n'est qu'il en fut tiré un très-petit nombre d'exemplaires pour quelques amis. Depuis, on a bien voulu quelquefois nous témoigner du regret que ce travail ne fût pas plus connu. Dans ces dernières années surtout, où l'on a beaucoup écrit sur nos grands magistrats et jurisconsultes du XVIe siècle, diverses personnes nous ont fait l'honneur de nous le demander. Ces demandes, auxquelles nous n'avons pas toujours été en mesure de satisfaire, nous ont fait naître l'idée de reproduire notre *Barnabé Brisson*. Pour cela, nous ne pouvions mieux faire que de demander une place à la *Revue de législation et de jurisprudence*, qui veut bien admettre notre modeste concours.

Du reste, nous laissons cet écrit, tel qu'il est sorti de notre plume. Nous aurions beaucoup de choses à y corriger ; mais outre que nos fonctions nous laissent peu de loisir, les fautes mêmes que nous pouvons y reconnaître datent, pour nous, cet essai. Il n'est pas sans intérêt, au milieu des changements qu'amènent l'âge et l'étude (tous les changemeuts ne sont pas des progrès !) de se revoir à vingt ans de distance et de remonter à ses commencements.

Seulement, nous souhaitons de pouvoir un jour reprendre ce sujet pour compléter, sur divers points, ce que nous n'avons fait qu'effleurer et nous livrer surtout à une sérieuse étude sur ces grands ouvrages qui sont le meilleur titre de Brisson et qui, quelle que soit la place que l'histoire politique croie lui devoir, lui assureront toujours un des premiers rangs dans la jurisprudence. (*Note de l'auteur.*)

Digitized by Google

les événements principaux de notre histoire, retrouveront nos titres dans les archives du passé. Elles ont sans doute beaucoup à nous apprendre ces ruines que nous interrogeons religieusement et que l'ignorance croit muettes ; mais aussi combien d'utiles enseignements dans le tableau des talents, des vertus, des fautes même de nos pères ! Tout ce qui fut avant nous sur le sol que nous habitons doit nous intéresser ; mais de tous les monuments d'un pays, les plus beaux, ce sont ses grands hommes...

J'ai donc cru que je ne sortirais pas du cercle des études pour lesquelles nous nous sommes associés, en vous parlant d'un de nos Poitevins les plus illustres. Grand orateur, plus grand jurisconsulte ; le premier au barreau et dans la magistrature ; également distingué dans les sciences et dans les lettres ; *nul homme de son temps*, dit un contemporain [1], *ne sut autant de choses ensemble :* et cependant il vivait dans le seizième siècle, le siècle de l'érudition ! Sa vie, longtemps honorée et heureuse, se trouve ensuite mêlée à l'une des époques les plus agitées de notre histoire et finit par une catastrophe épouvantable. Il a d'abord tout ce que l'ambition ose à peine désirer : la considération due au savoir, le rang, la fortune, la confiance de son souverain qui le fait ambassadeur et le charge de rédiger son Code. La Ligue elle-même qui vient de chasser le roi de France de sa capitale, qui insulte, qui emprisonne le Parlement, la sainte ligue le respecte et l'honore. Il lui restait un pas à faire pour arriver au sommet de la magistrature, la Ligue l'y élève ; mais bientôt elle le précipite, elle le tue ; elle expose son cadavre en place de Grève. Quand il ne reste plus de lui que sa mémoire, elle poursuit sa mémoire. Vivant, on l'accusait d'avoir trahi le roi pour la ligue ; il est mort ! on crie à la populace ameutée autour de sa potence qu'il a trahi la ligue pour le roi. Puis, après que le temps, qui va vite, aura emporté tout ce bruit d'accusations contradictoires ; après que ce siècle orageux descendu à son tour dans cette tombe immense où sont entassés tant de siècles, aura fait place à la postérité, il se trouvera encore des juges sévères qui, tout en gémissant sur cette fin horrible, diront peut-être qu'elle était nécessaire pour faire pardonner de grandes fautes et qu'il fallait que le bourreau désarmât l'histoire !.....

Cet homme, dont la vie et la mort peuvent offrir tant et de si

[1] Le conseiller Duvair, dans son *Traité de l'Éloquence française.*

Digitized by Google

puissants enseignements, est le président Barnabé Brisson.

Barnabé Brisson naquit à Fontenay-le-Comte, d'une famille qui a produit plusieurs hommes de talent, et qui n'est pas encore éteinte. Son bisaïeul figure dans le procès-verbal de la première rédaction de la Coutume du Poitou, au mois d'octobre 1514 [1]. Pierre Brisson, son frère, a écrit l'histoire des guerres de la Ligue dans le Poitou, l'Aunis et la Saintonge.

Nulle province n'était alors plus riche que la nôtre en hommes illustres. Loudun était fier de ses Sainte-Marthe ; Poitiers, la ville des professeurs éloquents et des savants jurisconsultes, nommait, parmi tant d'autres, l'Ecossais Robert Irland et surtout Boiceau [2], l'Appius Claudius poitevin, de qui l'on disait quand il devint aveugle sur la fin de ses jours, comme Valère Maxime de l'Appius Claudius de Rome : qu'on ose prétendre qu'il a perdu la vue cet homme par les yeux duquel tout le monde veut voir [3] !

Mais Fontenay était plus riche encore. Dans les sciences, il avait le médecin Brissot ; le mathématicien Viet ; le lieutenant-criminel Imbert [4] ; Tiraqueau, le premier jurisconsulte de son temps, au jugement de l'historien Auguste de Thou [5] : cet homme que le parlement de Bordeaux élisait conseiller sur sa renommée, et que, plus tard, François Ier revendiquait pour en faire honneur au parlement de Paris [6]. Dans les lettres, c'était surtout le poëte Rapin, grand prévôt de la connétablie de France, qui « savait aussi bien, dit Etienne Pasquier, s'aider de la plume « en vers latins et français, que de l'épée quand la nécessité de « son état le requérait. » Il consacra l'une et l'autre à la cause du roi de Navarre ; mais il fit mieux que de se battre, il écrivit la harangue de l'archevêque de Lyon et celle de M. le recteur Rose [7] : l'histoire dit que la satire Ménippée fit plus pour Henri IV que la victoire même d'Ivry.

[1] Dreux Duradier, article Barnabé Brisson.

[2] L'auteur du meilleur commentaire sur l'Ordonnance de Moulins.

[3] *Hunc cæcum aliquis nominet à quo patria quod justum et rectum erat per se parum cernens, coacta est providere !*

[4] Dumoulin appelait Imbert *doctissimus et experientissimus vir;* Cujas disait de son livre des institutions forenses : *quo ad trituram forensem nullus melior.*

[5] *Histoire de de Thou*, t. III, p. 101.

[6] Dreux Duradier, article Tiraqueau.

[7] Preuves de la satire Ménippée, p. 181. Il était fils d'un prêtre, et mourut

Digitized by Google

Brisson devait contribuer, plus qu'aucun d'eux, par ses talents et par les postes éminents auxquels il était destiné, à l'honneur de sa ville natale.

Il se livra de bonne heure à l'étude du droit. Comme le chancelier de Chiverny, à qui il a dédié son plus savant traité, comme le premier président Achille de Harlay, il prit ses grades à la faculté de Poitiers, qui était alors la plus célèbre de la France, quelques-uns disent de l'Europe [1]. Quand il eut été reçu avocat, il alla à Paris, qui dès lors était coupable de beaucoup prendre à la province.

On peut voir dans le dialogue de Loysel combien d'avocats de renom se pressaient, dans ce temps-là, au barreau de Paris. Chose remarquable que ce siècle ému par tant de passions, troublé par tant de querelles, déchiré par tant de guerres, ait été le siècle des grands jurisconsultes ! Il y avait comme un mouvement général qui entraînait les esprits vers l'étude de la jurisprudence. A la vérité, la jurisprudence n'était pas alors ce qu'elle est aujourd'hui. Les lois, en s'améliorant, ont beaucoup rétréci son domaine. C'était une science vaste et profonde, qui ne reconnaissait guère de limites ; c'était de la théologie, de la philosophie, de l'histoire, de la poésie même; c'était enfin *la science des choses divines et humaines*, comme l'avaient définie les Romains. Il y avait là de quoi tenter les homme de génie. Aussi la plupart des personnages illustres du seizième siècle étaient-ils jurisconsultes. Le barreau était le chemin des hautes dignités, et c'était dans ses luttes savantes que se gagnaient, comme aujourd'hui encore, la pourpre et la simarre [2].

Aussitôt que Brisson parut au palais, il prit place au premier rang. Son érudition [3] était immense; son esprit d'une grande fa-

à Poitiers, le 13 février 1608, dans l'auberge *du Petit Maure*. Scaliger prétend (*Scaligerana*, v° Rapin) qu'il sauva la vie à Rapin. « Tous ces gens de Fontenay ne valent rien, » dit-il, à ce propos.

[1] Dreux Duradier, v° Robert Irland.

[2] Parmi les avocats qui brillaient au parlement de Paris, le Poitou avait plus d'un enfant à revendiquer. Loudun y avait envoyé Claude Mangot, *l'un des plus savants avocats de notre temps*, dit Pasquier dans ses recherches. Parthenay, François Delaporte, aïeul maternel du cardinal de Richelieu. Ce fut lui qui, comme bâtonnier de l'ordre, adressa au premier président Christophe de Thou qui, la veille, avait interrompu Dumoulin, ces paroles hardies: *Objurgasti hominem doctiorem te et doctiorem quam unquam eris.*

[3] Voir tous les auteurs contemporains, même J. Scaliger, quoiqu'il parle

Digitized by Google

cilité et d'une justesse parfaite; sa mémoire admirable. Doué d'une égale aptitude pour des études qui semblent s'exclure, il travaillait, avec une constance infatigable, aux lettres et aux procès. Aussi son instruction était-elle variée autant que profonde, et, chez lui, l'orateur n'avait rien à envier au jurisconsulte. Son style, facile et élégant, se faisait surtout remarquer, par son abondance et sa richesse. *Genere dicendi copioso*, dit Scévole de Sainte-Marthe dans l'éloge qu'il lui a consacré, *facili et in modum lenissimi amnis nititer puriterque fluente.*

Son éloquence n'était cependant pas sans défauts. Dans le recueil d'anecdotes publié sous le nom de Duperron, on lui reproche du néologisme [1], une action désagréable, et l'*habitude de regarder aux solivaux quand il parlait*. C'est ce qui a fait dire à un autre écrivain [2], peu bienveillant pour Brisson : « qu'il semblait « avoir un secret pressentiment du genre de mort auquel il était « destiné : » plaisanterie cruelle et que je ne voudrais pas avoir faite.

Un contemporain beaucoup plus grave, le conseiller Duvair, lui reproche dans son *Traité de l'Éloquence française*, d'aimer mieux paraître savant qu'éloquent, et d'affecter de dire tout ce qui se pouvait sur un sujet. C'était l'esprit du temps; cet esprit régnait surtout au palais. Il s'y maintint longtemps encore après que la littérature s'en fût corrigée, malgré les réclamations des hommes judicieux qui voulaient *qu'un orateur s'habillât à la française, et se plaignaient que, seuls entre toutes les nations, nous fissions profession de rapiécer et rapetasser notre éloquence* [3].

Du reste, ce n'étaient là que des taches qui, si elles éloignaient Brisson de la perfection, ne l'empêchaient pas d'être, aux yeux même du critique, un personnage qu'il ose dire incomparable. Tous les contemporains, si peu d'accord d'ailleurs sur Brisson, ont ainsi parlé de son éloquence et de son savoir [4].

d'ailleurs fort mal de Brisson. Ce Scaliger n'épargne personne. Il reproche à la famille de Harlay une extrême avarice. Le premier président n'avait pas un seul domestique avec lui dans ses voyages; et le sieur de Saint-Aubin, gouverneur de Saint-Maixent, qui était aussi de la famille, vivait toujours à l'auberge de peur d'être obligé de recevoir ses amis.

[1] *Perroniana*, v° Brisson.

[2] Remarques sur la satire Ménippée, p. 97.

[3] Pasquier, *Lettre à Loysel*, livre VII, lettre 12. Cette lettre est très-remarquable.

[4] Sauf le *Perroniana* qui dit, sans plus de ménagements, qu'il était un assez

Digitized by Google

La plus célèbre des affaires qu'il plaida fut celle à laquelle avait donné lieu l'horrible assassinat commis dans une même nuit sur la fille de Charles Dumoulin et sur ses deux petits-fils, l'un âgé de huit ans, l'autre encore à la mamelle. Le mari d'un côté, les héritiers collatéraux de l'autre, se disputaient la succession mobilière des trois victimes. Il s'agissait de savoir qui, de la mère ou des trois enfants, était censé avoir survécu. Si c'était la mère, elle avait hérité de ses enfants, et sa succession, dans laquelle la leur se trouvait confondue, passait aux collatéraux. C'était au contraire au mari survivant que devaient rester ces tristes dépouilles, si la mère avait été assassinée avant ses enfants. On invoquait d'une part la présomption générale[1], qui voulait que, lorsqu'un enfant impubère avait perdu la vie en même temps que son père ou sa mère, l'enfant fût réputé mort le premier. Mais on répondait qu'il en devait être autrement à raison des faits particuliers de la cause, l'intérêt des assassins ayant été de massacrer d'abord la mère qui pouvait se réveiller au bruit des coups portés à ses enfants, appeler du secours et même essayer de se défendre.

La gravité de la question ; les circonstances vraiment extraordinaires au milieu desquelles elle se présentait ; le nom dès lors célèbre de Charles Dumoulin dont cet assassinat venait d'éteindre la postérité ; le talent des deux avocats, Barnabé Brisson et Auguste de Thou ; mais plus encore ce spectacle de collatéraux s'efforçant d'enlever à un mari, un père, les dépouilles de ceux-là mêmes qu'on les accusait d'avoir assassinés, tout, dans cette affaire, excitait vivement l'attention publique. La cause fut plaidée avec éclat au parlement de Paris. Brisson parlait pour le mari ; il gagna son procès. On cite encore au palais l'arrêt Bobé ; c'était le nom du gendre de Dumoulin[2].

Quelques années après[3], Brisson fut nommé avocat du roi au parlement de Paris. Ces fonctions importantes, politiques presqu'autant que judiciaires, avaient reçu beaucoup d'éclat du grand

mauvais harangueur, et qui lui reproche, entre autres défauts très-graves pour un jurisconsulte, *d'avoir la présence fort laide.*

[1] § 1, loi 9, *Digestis de rebus dubiis.* Loi 23, *eod. titulo.*

[2] L'arrêt est du 22 mars 1572. Dreux Duradier, v° Brisson. Merlin, v° Représentation.

[3] En 1575, selon Dreux Duradier. En 1573, selon de Laurière, dans son *Abrégé de la Vie de Loysel.*

Digitized by Google

nombre de personnages illustres qui s'y étaient succédé. Les exemples d'éloquence et de savoir, d'honneur et d'indépendance qu'elles n'avaient cessé d'offrir, attiraient de ce côté les hommes de talent qui, après avoir gagné de la réputation et de la fortune au barreau, ambitionnaient les premiers postes de la magistrature. Ainsi avaient fait les de Thou, les Séguier ; ainsi faisait-on après eux, malgré l'avis des anciens avocats qui répétaient ce mot de l'avocat général Dumesnil « que le parquet trompait fort son « maître, et qu'un écu gagné au barreau valait mieux que dix ga- « gnés au parquet[1]. »

Par suite du malheur des temps, c'est-à-dire par suite des prodigalités de François Ier et de la dilapidation du Trésor public, les charges de judicature étaient devenues vénales. Ce n'étaient plus les compagnies qui élisaient les hommes qu'elles jugeaient dignes d'entrer dans leur sein ; on était magistrat moyennant finance. La charge d'avocat du roi au parlement de Paris était estimée vingt mille écus d'or. Henri III connaissait tout le mérite de Brisson ; au lieu de vendre cet office, il le lui donna. Brisson y gagna vingt mille écus ; la justice y gagna davantage

Parmi les affaires dans lesquelles il parla au nom du roi, soutenant, dans cette nouvelle carrière, sa réputation d'orateur et de jurisconsulte, il y eut, en 1579, un procès entre l'Ecole de médecine de Paris et certains empiriques, disciples de Paracelse. Mornac raconte, dans son Commentaire sur le Digeste[2], que Brisson ayant conclu en faveur de l'École, les professeurs arrêtèrent à l'unanimité, par une délibération établie sur leurs registres, que quand il serait malade, ou que quelqu'un le serait dans sa famille ou dans sa maison, ils iraient le soigner gratuitement, soit un à un, soit plusieurs à la fois, *soit même, s'il en était besoin, tous ensemble*...[3]. Mornac ne nous apprend pas si Brisson ne fut point effrayé de cette excessive reconnaissance.

Au mois de septembre 1579, il vint à Poitiers avec le premier président de Harlay et quatorze conseillers au parlement de Paris, pour tenir les Grands-Jours. On peut voir dans un manuscrit que cite l'auteur de l'*Abrégé de l'Histoire du Poitou*, les dé-

[1] Dialogue des avocats de Loysel. De Laurière, à l'endroit cité.

[2] Sur la loi du 20, au Digeste : *quemadmodùm servitutes amittuntur.*

[3] ... *Ut si vel ille, vel aliquis de suâ gente ac familiâ unquam ægrotaret, singuli de scolâ*, vel plures, omnesque, *si morbus ita posceret, visitarent, curarentque gratuitâ omni suâ opera ægrotantes.*

Digitized by Google

tails de la réception qui leur fut faite, et comment les conseillers au présidial et les officiers du corps de ville allèrent jusqu'à Busseroles *en manteau et en bottes à cause de la pluie*, au-devant de MM. des Grands-Jours qui avaient dîné chez l'évêque de Poitiers, au château de Dissais. Brisson ouvrit l'assise par un discours fort savant sur l'origine de ces plaids extraordinaires. On y réforma plusieurs abus. Les malversations des gens de justice et les exactions des gens de guerre y furent sévèrement réprimées. « J'appelle Dieu à témoin, dit Pasquier, dans une lettre au président de Harlay, que je ne vis jamais procédures si belles que celles-là. »

Les Grands-Jours avaient attiré à Poitiers les meilleurs avocats du parlement de Paris : Loysel [1], Mangot, Chopin, Pasquier, Binet, Turnèbe, Pithou et d'autres encore. Habitués à chercher dans les études et les exercices littéraires un délassement aux travaux du palais, ces doctes personnages firent admirer leur facilité poétique aussi bien que leur érudition et leur éloquence. Il s'ouvrit comme un tournoi où les beaux esprits du pays vinrent jouter avec ces savants étrangers. Brisson fut des premiers à descendre dans la lice.

Il se plaint dans une épître en vers latins du peu de temps que Thémis lui permet de donner aux muses. Il aurait besoin de cultiver, de rafraîchir son esprit que l'aridité des travaux judiciaires dessèche et flétrit. Mais à peine, réfugié près de ses livres, commence-t-il à oublier les procès et la voix enrouée des plaideurs, que déjà l'exigeante déesse revendique son esclave et l'arrache aux muses qui essayent en vain de le retenir. Fatigué de cette lutte, il prie ces divinités jalouses d'accepter le partage qu'il va faire de son temps. Thémis en aura la plus grande part; mais qu'elle lui permette de consacrer aux muses quelques rapides instants chaque jour! ce sera là son bonheur. Les livres payent avec usure le temps qu'on leur donne. Il est si doux de vivre avec eux! avec eux la mort même a moins d'amertume.

Cur mihi non liceat, gestis quæcumque supersunt
Rebus, ea in libris felici ponere sorte
Tempora non ingrata? trahat sua quemque voluptas!
Nunquàm erit in studiis insuavis vel mora, vel mors.

[1] Loysel remplit aux Grands-Jours les fonctions de substitut du procureur général, qui n'étaient pas alors incompatibles avec l'exercice de la profession d'avocat.

Digitized by Google

A ces vers qui leur étaient adressés ses amis répondaient que si la science, l'éloquence et la poésie se trouvaient réunies dans Brisson, elles s'accordaient en sœurs et ne se querellaient point comme des rivales qui se portent envie. Toutes trois l'adoptaient pour patron et pour chef, lui, ce royal orateur, lui, ce prince des poëtes [1] ; et Brisson répliquait : Je ne puis accepter de tels éloges. *Me louez-vous*, mes amis, ou bien me *jouez-vous* dans vos vers ?

Has ego si agnoscam laudes, mihi blandiar. Ergo
Non *laudor*, numeris *ludor* at ipse tuis.

Le hasard vint fournir une nouvelle matière à ces jeux poétiques.

Il y avait alors à Poitiers deux dames de beaucoup de beauté, de science et d'esprit, *honneur vraiment*, dit un contemporain [2], *et de la ville de Poitiers et de notre siècle*. La maison des dames Desroches était le rendez-vous des savants et des poëtes. Les étrangers que les Grands-Jours avaient attirés à Poitiers s'étaient empressés de s'y faire admettre. Un jour que Pasquier y était allé avec Antoine Loysel, il aperçut, en causant avec la fille, une puce qui, ainsi qu'il le raconte à Pithou dans une de ses lettres, *s'était parquée au beau milieu de son sein*. Pasquier, tout jurisconsulte qu'il était, se piquait de galanterie. L'occasion était belle pour débiter ces gentillesses amoureuses qui étaient alors à la mode, et qui, partout admises comme chose convenue et ne tirant point à conséquence, avaient le privilége, même dans leurs plus grandes libertés, d'égayer innocemment la jeune fille sans effrayer la sollicitude maternelle. Pasquier se récria sur la *prudence*, mais en même temps sur la *hardiesse* de cette puce, ou, comme il dit, de *cette petite bestiole*. N'était-elle pas prudente en effet d'avoir choisi *ce bel hébergement* ; mais aussi n'était-elle pas hardie *de s'être logée en un si haut lieu*, exprès, à ce qu'il semblait, pour donner envie de l'y venir prendre ?

Les dames Desroches répondant à tout, on s'égaya longtemps à ce badinage, mais la puce méritait bien que, dans ce temps où la poésie était chose peu sérieuse, on fît des vers pour elle. Pasquier en promit, si les dames Desroches voulaient aussi en pro-

[1] *Regius orator verè, princepsque poeta !*
[2] Pasquier, lettre 7, livre VI.

Digitized by Google

mettre. Elles s'y engagèrent; et chacun travaillant de son côté, deux pièces de vers sortirent de ce défi poétique : l'une intitulée la *Puce de Catherine Desroches*, l'autre *la Puce d'Étienne Pasquier*.

La chose ne devait pas en rester là. Tous les beaux esprits qui se trouvaient alors à Poitiers voulurent prendre part à la lutte. Les vers arrivèrent à foison. On eut la Puce d'Odet Turnebus et celle de René Chopin, *Ren. Chopini jurisconsulti et in supremâ curiâ advocati Pulex*; la Puce de Joseph Scaliger qui se trouvait alors au château d'Abin; la Puce d'Antoine Loysel, dédiée au premier président de Harlay, et beaucoup d'autres puces françaises, latines, italiennes et grecques. Après les *Puces* vint *la Contre-puce* de Rapin, puis les remercîments de Catherine Desroches aux poëtes *chante-puce*; et le tout forma un assez honnête volume, imprimé à Paris, sous ce titre : *la Puce des Grands-Jours de Poitiers*.

« Le premier, dit Pasquier, qui, comme vaillant guerrier, « entra en lice, fut M. l'avocat général Brisson, lequel se donna « le loisir d'assaisonner ses grandes et sérieuses occupations de « cette gaieté, ayant par ses vers latins, grandement honoré les « nôtres. » On trouve en effet dans le recueil que je viens de citer des distiques où Brisson s'écrie avec enthousiasme : *Fortunate pulex nimiùm, tua si bona nôris!* et des épigrammes dans lesquelles il prévient le reproche qu'on pourrait lui faire, ainsi qu'aux jurisconsultes ses amis, de négliger les travaux du palais pour des amusement frivoles [1].

Il y a loin sans doute de ces bagatelles poétiques aux traités *de formulis et de verborum quæ ad jus pertinent significatione*, ouvrages immenses, trésors inépuisables d'érudition. La vie entière de Brisson semble avoir eu peine à y suffire; et cependant ce n'est là qu'une partie de ses travaux. Outre le temps qu'il donnait aux délassements de la poésie, aux exercices de l'éloquence, il s'occupait d'histoire presque autant que de jurispru-

[1] Voici une de ces épigrammes :

Verbis parce malis quisque legis ista; movebis
Si stomachum vati, mus eris atque pulex.

Pasquier la traduit ainsi :

Ne médis, nous lisant; ou je veux que tu saches,
Que puce deviendras ou rat, si tu nous fâches.

Digitized by Google

dence. Il écrivait ses notes sur Tite-Live en même temps que ses Commentaires sur plusieurs titres du Digeste et du Code, et l'on peut mettre à côté du traité *de Formulis* pour la profondeur de l'érudition et l'immensité des recherches, cet ouvrage sur les anciens Persans (*de regio Persarum Principatu*), dont Dreux Duradier a dit : « L'Europe fournirait aujourd'hui peu « d'hommes assez érudits pour composer un ouvrage aussi sa- « vant. »

Telle était la prodigieuse variété de connaissances des grands hommes du seizième siècle. Ils n'écrivaient sur une matière qu'après les avoir étudiées toutes.

Les sciences n'étaient pas alors exactement divisées et comme parquées dans un territoire à part. Elles vivaient en commun, et les belles-lettres avec elles ; et toutes se tenaient par la main, comme autrefois les muses. On n'était pas exclusivement jurisconsulte, poëte, théologien ; on était à la fois théologien, poëte et jurisconsulte. La poésie surtout semblait moins être un art particulier qu'un ornement commun à tous les ouvrages, quel qu'en fût le sujet. On l'appelait pour dissimuler la sècheresse d'une matière, pour délasser l'attention, pour éveiller doucement l'esprit. Elle était partout ; et partout elle avait mission d'embellir et de plaire.

Qu'on lise nos anciens jurisconsultes, on trouvera, au milieu de leurs dicussions les plus graves, les plus beaux passages de la littérature grecque et romaine, répandus comme des fleurs. C'est cette heureuse variété, cet habile adoucissement à la sévérité de la matière, c'est cet art de ménager des repos à l'esprit, qui, joints à la naïveté de leur langage et à leur savoir immense, nous font trouver encore tant d'intérêt à leurs ouvrages, quoique la plupart aient perdu leur utilité pratique par suite des changements survenus dans la législation.

En 1580, Brisson acheta une charge de président à mortier, et vendit la sienne à Despeisses. Ce fut, selon le président Hénault, la première fois que la charge d'avocat général fut vendue à prix d'argent par le titulaire. On se récria sur le prix. Létoile, dans son journal de Henri III, en parle comme d'une somme exorbitante. Aujourd'hui un office d'avoué ou de notaire dans une ville médiocre de province coûte davantage... On raconte qu'en 1787 un procureur au parlement de Paris vint visiter un hôtel. Il se proposait de l'acheter, mais il le trouva petit et mes-

Digitized by Google

quin et n'en voulut point. C'était l'hôtel du chancelier de L'Hôpital. Ce grand homme y avait logé avec ses neuf enfants et son gendre [1].

En résignant ses fonctions d'avocat général, Brisson donna sans doute plus d'un regret à ce noble théâtre, le plus beau qu'eût alors l'éloquence française. Mais le nouveau poste où il venait s'asseoir, avait plus d'élévation, s'il avait moins d'éclat ; et l'honneur de présider la grand'chambre le dédommageait de la perte de ces succès oratoires qu'on ne recherche pas toujours avec autant d'ardeur, et qu'on n'obtient plus à tout âge avec la même facilité.

Il s'ouvrait d'ailleurs devant lui une carrière nouvelle ; d'autres travaux, d'autres devoirs le réclamaient.

Henri III avait pour Brisson une estime toute particulière. Il avait coutume de dire qu'il n'y avait pas un prince, dans tout le monde chrétien, qui eût un homme à opposer à son Brisson. Aussi l'avait-il appelé dans son conseil ; et lors de l'assemblée tenue à Saint-Germain-en-Laye, pour la réformation de l'Etat, on le vit, pendant plusieurs jours, s'enfermer avec lui dans son cabinet, afin de s'éclairer sur les matières qu'on traitait à cette assemblée. Il lui donna un témoignage plus flattenr encore d'estime et de confiance en l'envoyant ambassadeur en Angleterre.

Ce fut à son retour de cette ambassade qu'il reçut une mission d'une autre espèce, mais qui n'avait ni moins de difficulté, ni moins d'importance et de grandeur.

Il s'agissait de recueillir et de réduire en un corps d'ouvrage toutes les ordonnances de nos rois. Henri III, si peu fait pour devenir roi-législateur, voulait essayer à son tour de ramener la France à des lois uniformes : œuvre déjà vainement tentée par Charles VII et par Louis XI, et contre les difficultés de laquelle bien des projets devaient venir encore se briser, jusqu'à ce qu'une révolution arrivât avec tout pouvoir de changer et de détruire, et que, sous sa main victorieuse, le passé tout entier s'écroulât.

Henri III avait déclaré dans l'article 207 de l'Ordonnance de Blois *qu'il avait avisé de commettre certains personnages pour recueillir et arrêter les ordonnances, réduire par ordre en un volume celles qui se trouveraient utiles et nécessaires, et pour rédiger*

[1] Année française, v° L'Hôpital.

Digitized by Google

les coutumes de chaque province[1]. On travailla d'abord aux ordonnances. Pour compiler le Code auquel il a donné son nom, Justinien avait associé à Tribonien neuf autres jurisconsultes. Ils se livrèrent à ce travail avec tant d'ardeur, que l'ouvrage fut achevé, nous dit-on, dans l'espace d'une année. Henri III confia la rédaction de son Code à Brisson ; Brisson, seul, l'acheva en trois mois.

C'était cependant un travail immense. Rechercher toutes les ordonnances de nos rois ; distinguer des dispositions abrogées ou mortes de désuétude les dispositions encore vivantes ; les classer dans un ordre méthodique ; mais surtout les compléter, en y ajoutant sur une foule de points qu'elles n'avaient pas prévus, des décisions que l'autorité royale érigerait en lois ; ce n'était pas seulement l'ouvrage d'un compilateur d'une vaste érudition, d'une scrupuleuse exactitude, c'était une œuvre de législation.

Brisson divisa son Code en vingt livres, imitant à peu près l'ordre du Code de Justinien. Quelques jurisconsultes et notamment de Laurière, tout en reconnaissant l'excellence de l'ouvrage considéré comme *Code* ou loi nouvelle, lui ont reproché de n'être pas aussi parfait comme compilation, les ordonnances y étant, à leur sens, *trop coupées et divisées*. Jacques Godefroi a fait le même reproche à Tribonien. Mais, dans les ouvrages de cette nature, il faut choisir, ou se borner à rapporter les lois, les ordonnances à la suite l'une de l'autre, sans autre mérite que celui de l'exactitude, sans autre avantage que de renfermer dans un ou quelques volumes des textes dispersés dans plusieurs ; ou bien, se traçant un ordre méthodique, classer non pas seulement chaque loi mais chaque disposition de loi selon la matière à laquelle elle se rapporte, en la rapprochant des dispositions analogues des autres lois, et présenter dans chacune des divisions de l'ouvrage l'ensemble des décisions législatives sur un même sujet. Or, cette dernière méthode, si elle a comme l'autre ses inconvénients, présente du moins de bien plus grands avantages.

Le Recueil de Brisson comprend les ordonnances des rois prédécesseurs de Henri III et celles de ce roi jusqu'en 1585. Il fut

[1] Merlin, Répert. v° *Code;* d'Aguesseau, t. XIII, p. 201 et t. XV, p. 3; Pardessus, *Discours sur d'Aguesseau.*

Digitized by Google

imprimé, en 1587, sous le titre de : *Basilique et Code Henri III.* On l'adressa à tous les parlements afin de le modifier, s'il y avait lieu, d'après leurs observations, avant de lui conférer l'autorité législative. Mais les événements qui survinrent arrêtèrent l'exécution de ce dessein.

La France était alors en proie aux fureurs des guerres civiles, mais surtout des guerres religieuses auxquelles on peut bien appliquer cette expression du poëte Lucain : *Plus quàm civilia bella.* Tout était dans une confusion inexprimable. Les mêmes villes étaient, le même jour, prises et reprises ; on était à la fois vaincu et vainqueur. Ce n'était partout que pillage et sang répandu, mais plus encore dans le Poitou que dans toute autre province, par cette malheureuse préférence que semble avoir pour nous la guerre civile. Des deux côtés on procédait par l'assassinat. On eût dit qu'à la suite des Médicis la perfidie italienne avait remplacé la loyauté française, et que notre noble épée s'était changée en poignard.

Entre les deux partis qui se disputaient la France, les armes à la main, le parti huguenot qui s'était relevé plus fort et plus vivace (selon l'effet ordinaire des persécutions) de dessous les cadavres de la Saint-Barthélemy, la vengeance au cœur, rêvant de sanglantes représailles, et cette ligue furieuse, secrètement vendue à l'Espagne, qui depuis longtemps sapait le trône et voulait couvrir la France de bûchers, le roi de France n'était pas obligé de choisir. Il lui restait cette portion fidèle de la noblesse catholique qui était ennemie des persécutions et des guerres autant que des nouveautés en matière de religion. Il lui restait surtout *ces bons bourgeois*, comme parle Mézeray, cette masse de la nation qui n'aime pas à se montrer dans les troubles, mais qui résiste quand on s'appuie sur elle. C'était là que Henri III devait chercher sa force. Il y eût trouvé les moyens de punir la trahison des Guise autrement que par un crime, et son successeur présumé, le roi de Navarre, aurait plus tôt, par conviction ou par politique, aplani l'obstacle qui le séparait du trône.

Henri III était alors, pour son malheur et pour celui de la France, engagé dans une route bien différente. Il avait suivi cette politique qui consiste à se mettre à la tête des partis pour les conduire et les modérer, quand on désespère de les vaincre : politique hasardeuse qui réussit à quelques hommes habiles ! il s'était cru le maître de la ligue parce qu'il s'était fait ligueur ; mais

Digitized by Google

n'ayant pas assez de force pour arrêter le torrent, il avait été bientôt débordé. En vain, pour plaire aux plus ardents, multipliait-il les pratiques de dévotion, les confréries, les pèlerinages. L'habit de pénitent sous lequel il s'humiliait en suivant, à pied, les processions dans les rues de Paris ; son gros chapelet à grains taillés en tête de mort ; et les petites images qu'il découpait dévotement pour les coller dans son cabinet, ne le réhabilitaient pas suffisamment dans l'esprit de la ligue. Plutôt que de croire à la piété du roi libertin, elle l'accusait de magie et de sorcellerie. « Telle était, dit le président Hénault, la position de « Henri III. Les huguenots l'attaquaient comme ennemi de leur « secte, et les ligueurs comme fauteur des huguenots. »

Il n'est point de mon sujet de dire ce qui suivit : le roi, chassé de sa capitale dans cette journée appelée *des Barricades*, dénomination qui aujourd'hui ne la distingue plus suffisamment ; les ligueurs d'abord étonnés d'eux-mêmes, et craignant d'avoir trop fait, qui viennent processionnellement à Chartres, sous la conduite du père Ange[1], représentant Jésus-Christ allant au Calvaire, se jeter aux pieds du roi en criant miséricorde ; puis les imprécations succédant à ces démonstrations hypocrites : Henri de Valois, excommunié, maudit ; Henri de Valois déposé par la Sorbonne ; Henri de Valois pendu en effigie ; et, sur les autels où l'on célèbre le saint sacrifice, ces petites figures en cire qu'on vient piquer au cœur, en prononçant de mystérieuses paroles, pendant que le frère Jacques Clément, trouvant ces représentations vaines, songe à mieux faire !....

Tout cela appartient à l'histoire de la ligue. Je n'en dois prendre que les événements auxquels Brisson se trouve mêlé.

Pendant que Paris se courbait sous le joug des Seize, le parlement seul restait debout. Quoiqu'il comptât dans son sein plusieurs membres attachés à la ligue, il était venu, remplissant dignement la mission de médiateur entre le roi et le peuple, supplier Henri III de retourner dans sa capitale et de pardonner à ses sujets. Depuis, malgré les décrets de la Sorbonne qui déliaient les Français de leur serment de fidélité, il continuait à rendre la justice au nom du roi. Les ligueurs ne le pouvaient souffrir plus longtemps ; ils résolurent de s'emparer des magistrats dont ils redoutaient le plus l'influence et le courage.

[1] C'était Henri de Joyeuse. On peut voir dans Mézeray les détails de cette ridicule procession.

Digitized by Google

Le 16 janvier 1589[1], Jean Leclerc, autrefois maître d'armes, puis procureur au parlement de Paris, maintenant commandant de la Bastille et le plus redouté des ligueurs, *Bussy* Leclerc, car il avait pris ce nom pour rappeler le fameux Bussy d'Amboise, se présente au palais accompagné d'une troupe d'hommes armés, parmi lesquels étaient des moines, la cuirasse sur le dos et la hallebarde au poing. Il entre dans la salle dorée. Le parlement alors délibérait. Bussy exige qu'à l'exemple de la Sorbonne, il déclare Henri III déchu du trône et ne rende plus d'arrêts en son nom. Il se retire un instant comme pour laisser le temps d'aller aux opinions ; mais rentrant presque aussitôt, le pistolet à la main, il s'écrie qu'il y a là des traîtres dont il faut se défaire, et ordonne à ceux dont il va lire les noms de le suivre. Il avait déjà appelé le premier président de Harlay, les présidents Pothier et Christophe de Thou ; mais l'assemblée tout entière se lève. Tous, tous, s'écrie-t-on, nous voulons suivre notre capitaine! Bussy Leclerc ne s'en émeut. Il les fait sortir du palais, les place entre ses satellites, et, marchant le premier, il les conduit, à pied, deux à deux, à la Bastille [2].

« C'était, dit l'historien Auguste de Thou, un spectacle véri-
« tablement digne de compassion, de voir tant de personnes re-
« commandables par leur autorité, leur science et leur probité,
« arrêtées comme des criminels, par un homme de néant, jusque
« sur ce tribunal, au pied duquel il exerçait les fonctions de sa
« charge, et conduits par les rues, comme en triomphe. »

La populace, toujours prête à insulter à la grandeur déchue, les poursuit de ses sarcasmes. Quelques-uns même osent les menacer. Les bourgeois honnêtes s'affligent, au contraire, jusqu'à verser des larmes, de voir la justice traînée insolemment en prison. Puis, passant de la tristesse à l'indignation, on ferme les boutiques, on crie aux armes, on va arracher les magistrats des mains de Bussy..... Mais les prédicateurs, qui à leur gré enchaînaient et déchaînaient le peuple, montent en chaire et le retiennent. La Bastille s'ouvre pour recevoir le parlement, jusqu'à ce que Bussy, qui a son choix à faire, ait renvoyé les uns et gardé les autres, selon qu'ils sont pauvres ou riches, car il faut que ceux qui res-

[1] Létoile, Journal de Henri III, t. II, p. 172.

[2] Voltaire, *Histoire du Parlement*. Daniel, t. VIII, p. 223. Preuves de la satire Ménippée, p. 102.

Digitized by Google

teront en prison soient en état de payer quatre ou cinq écus par jour, sans quoi *le grand pénitencier de la cour de parlement* [1] *les fera jeûner.*

L'étoile compte Brisson au nombre des magistrats qui, ayant suivi volontairement le premier président de Harlay à la Bastille, furent mis, dès le jour même, en liberté, après qu'on leur eut fait jurer l'édit d'union : de Thou et Pasquier, hommes graves et qui devaient être bien informés, affirment au contraire que les ligueurs lui avaient fait dire, la veille, de ne point se rendre au palais, et qu'il resta dans sa maison sous un faux prétexte. Ce qu'il y a de certain, c'est que, peu de jours après, et, selon quelques-uns, dès le lendemain même, pendant que les présidents ses collègues étaient tous emprisonnés, ou cachés, ou en fuite, Brisson fit venir au palais les conseillers qu'on put trouver et tint audience comme s'il ne fût rien arrivé d'extraordinaire. Il continua de faire tant qu'il vécut les fonctions de premier président.

Cette faute en entraîna d'autres. Les écrivains du temps les lui ont amèrement reprochées. Comblé de faveurs par Henri III, il lui devait de la reconnaissance. Sujet du roi et, plus que cela, magistrat, il devait de la fidélité au roi. Il n'avait pu se laisser prendre aux sophismes factieux de la ligue, lui, Brisson ! Ou bien qu'y avait-il dans ce parti de l'étranger, de la révolte, de l'Inquisition, qui pût valoir autant que l'honneur et la foi jurée ? Sa place était à la Bastille auprès des nobles victimes qui, selon les paroles du poëte, *tendaient aux fers des tyrans leurs généreuses mains*. Un mois après, quand le parlement a été transféré à Tours sa place est à la tête des magistrats qui accourent auprès du roi. C'est là qu'est le devoir ; c'est là qu'est la gloire. Elle y sera surtout, la gloire, quand le Béarnais sera venu se joindre au roi dont il est l'héritier, et que ses talents, sa bonté, son courage avanceront le jour où les magistrats restés fidèles reviendront à Paris, en triomphe, et déchireront sur leurs registres trop longtemps profanés tant de délibérations séditieuses, tant de fanatiques arrêts !....

Les hommes sont bien heureux d'avoir leurs paroles et leurs écrits pour excuser leurs actions ! Avant de siéger premier président du parlement de la ligue, Brisson déposa entre les mains

[1] Surnom donné à Bussy Leclerc.

Digitized by Google

de deux notaires qui lui en donnèrent acte, une déclaration écrite de sa main dans laquelle il prenait Dieu à témoin de son dévouement au roi, et protestait d'avance contre tout ce que les ligueurs pourraient lui faire faire. Cette protestation se trouve transcrite en entier dans le Journal de Henri III. Brisson y prétend qu'il lui a été impossible de quitter Paris. « Les gens de bien et d'honneur, dit-il, bons et fidèles serviteurs du roi, exposés aux « mêmes périls et injures, me conseillent de temporiser et de « m'accorder au désir et au vouloir du peuple, quoiqu'il soit « injuste et déraisonnable, et ce, tant pour sauver ma vie et à ma « femme et enfants qui seraient en péril et danger indubitables « et mes biens en proie, que pour tenter avec le temps de profiter quelque chose pour la réconciliation et réduction dudit « peuple avec le roi, quand l'occasion se pourra présenter d'en « parler. »

Il peut se faire en effet que Brisson ait plutôt manqué de courage que de fidélité et qu'il y ait eu dans sa conduite moins d'ambition que de faiblesse. Que de faits ont été attribués à d'autres causes, qui dans la réalité n'en ont pas eu d'autre que cette défaillance de cœur !... Mais voyez combien Dieu est juste et comment il se sert, pour punir la faiblesse, des précautions mêmes que nous avons prises pour l'excuser ! On assure que la découverte de cette protestation fut un des motifs pour lesquels les Seize le firent mourir... Voilà de ces exemples qui devraient rendre le courage plus facile dans les temps de délire populaire. Les révolutions, même sanglantes et cruelles, ont d'abord besoin que les hommes de talent viennent avec elles, comme pour les légitimer. Elles les sollicitent, et, s'ils refusent, elles les menacent. Quelquefois elles les immolent. Mais s'ils acceptent, qu'arrive-t-il ? ces hommes gênent bientôt, ils deviennent suspects : on les tue alors comme traîtres. Ils ont vécu quelques jours de plus, mais mieux vaut la mort qui vient avant les fautes que celle qui les expie.

Brisson avait beaucoup trop compté sur l'autorité de son nom et de son savoir. Il s'était imaginé qu'il lui serait facile de gouverner les esprits, et que cette foule indisciplinée s'arrêterait, de respect, à sa parole. Mais la force qu'il avait espéré de maîtriser l'avait eu bientôt dominé lui-même. Il vit qu'il était entraîné et chercha à s'arrêter ; de ce moment sa perte fut jurée. Il ne se le dissimula pas, et ses amis lui entendirent dire plusieurs fois qu'il

Digitized by Google

savait bien que les Seize l'engraissaient pour la boucherie.

Mézeray rapporte qu'on voulut d'abord se défaire de lui et de quelques autres *par assassins*, mais que les gens qu'on avait choisis ayant découvert le complot à ceux-là mêmes qu'ils devaient assassiner, afin d'en tirer plus ample récompense, les Seize furent obligés de s'y prendre autrement.

Brigard, procureur du roi de l'hôtel de ville, était poursuivi comme coupable d'avoir entretenu des intelligences avec l'ennemi. Soit défaut de preuve, soit que le parlement songeât déjà à ménager sa réconciliation avec le roi, Brigard ne fut pas condamné. Les Seize crièrent que la ligue était trahie. Ils accusèrent surtout Brisson : ce moyen de le perdre leur parut plus sûr que les poignards gagés de leurs assassins.

Déjà plusieurs conciliabules avaient été tenus. Il faut jouer des couteaux contre le parlement ! s'était écrié le curé de Saint-Jacques-la-Boucherie. Un autre avait dit : il faut jeter ces Judas à la rivière ! Mais ceux qui voyaient plus loin que le moment présent, songeaient avec inquiétude au duc de Mayenne, alors éloigné de Paris, qui viendrait bientôt leur demander compte de ce qu'ils auraient osé en son absence. Craignant de prendre pour eux seuls la responsabilité de la sanglante exécution qu'ils méditaient, ils voulaient engager dans leur dessein les principaux ligueurs, afin de s'en faire, au besoin, un rempart contre la colère de Mayenne. Il leur fallait un arrêt de la ligue. N'osant le demander, il essayèrent de le surprendre.

Les assemblées continuaient. On avait nommé un conseil secret, composé de dix personnes, aux ordres duquel on s'était engagé à obéir aveuglément, se livrant ainsi corps et âme : mais il fallait plus. Launay qui présidait, Launay, d'abord prêtre catholique, puis ministre protestant, et maintenant encore prêtre catholique, Launay propose de renouveler le serment de la sainte ligue, pour s'unir plus étroitement contre les traîtres dont on est entouré. La proposition est adoptée par acclamation. Pour donner plus de solennité à cette pieuse cérémonie, on indique une assemblée spéciale où chacun devra amener ses amis. On se réunit en effet, et d'abord Bussy prend à part quelques-uns de ses affidés sous prétexte de rédiger le serment. Mais rentrant bientôt : « Il « serait trop long, dit-il, d'écrire maintenant les articles du ser- « ment. Mettons nos signatures sur ce papier ; on fera le reste « tout à loisir. » Cette proposition est reçue diversement. Beau-

Digitized by Google

coup s'en effraient ; mais ceux qui sont dans le secret se présentent et signent les premiers. Comme on hésite encore, le conseil des Dix fait mettre des hommes armés à la porte pour empêcher de sortir ceux qui n'auraient pas signé. Alors nul n'ose plus refuser : « Vous jurez, leur dit Launay, en faisant mettre à chacun « la main sur un Missel qu'on venait d'apporter, vous jurez et « promettez à Dieu le Créateur, de garder et observer inviolable- « ment les articles que vous allez présentement signer pour la « conservation de la religion catholique, apostolique et romaine ? » Tous jurèrent et apposèrent leurs signatures sur le papier blanc qu'on leur présentait.

C'était ce que voulaient les conjurés. Munis de ce blanc-seing, il leur était facile d'écrire, au-dessus des signatures qu'ils venaient de surprendre, un arrêt de mort dont l'assassinat qu'ils méditaient paraît n'être que l'exécution. Qui sait même s'ils auraient assez d'une victime ?

Cependant on ne voulait rien faire qu'en sûreté de conscience. Bussy avait été chargé d'aller consulter la Sorbonne ; il vint rapporter qu'elle approuvait tout. Alors on s'occupa des derniers préparatifs. Le conseil secret se réunit encore pendant la nuit pour rédiger la sentence de mort. L'exécution fut fixée au lendemain.

Ce jour là en effet, 15 novembre 1591, de grand matin, on va prévenir les Espagnols, et la sentence est remise à Ligoet, leur capitaine. D'autres courent au quartier des Napolitains, et leur font aussi prendre les armes. Des soldats sont placés près du chemin que Brisson a coutume de prendre pour se rendre au palais. Tout est prêt.

Entre sept et huit heures du matin, Brisson passait sur le pont Saint-Michel, suivi de plusieurs solliciteurs. Tout à coup des hommes armés se présentent : « Le gouverneur le demande, « lui dit-on, il faut qu'il se rende à l'hôtel de ville. » Brisson répond qu'il y ira après l'audience. Mais on insiste ; on prend sa mule par la bride ; puis, au lieu de le conduire à l'hôtel de ville, on le fait entrer dans la prison du Petit-Châtelet.

Là se trouvaient quatre des plus forcenés ligueurs, Heuroux, Louchart, l'avocat Amelin, le procureur Aimonnot, vêtus d'un roquet noir sur lequel on voyait une grande croix rouge. Il y avait aussi un homme qui se tenait auprès du guichet, le visage à demi couvert de son manteau. C'était Morin Cromer, con-

Digitized by Google

seiller au grand conseil, l'ennemi personnel de Brisson, et qui, depuis longtemps, nourrissait contre lui d'affreux projets de vengeance [1]. On lui crie qu'il est un traître et qu'il va mourir, mais qu'il faut d'abord qu'il réponde aux questions qu'on s'apprête à lui faire. Lui, croyant qu'ils veulent instruire son procès, les récuse. Il en appelle au parlement, *son seul juge après Dieu*. Alors Cromer lui dit qu'il n'est plus question de l'interroger, qu'il est déjà condamné à mort [2]. On lui lit sa sentence; on le livre, encore revêtu de sa robe et son chaperon sur l'épaule, aux mains du bourreau qui le lie et le garrotte. Il paraît qu'alors Brisson recourut aux prières et qu'il demanda, comme une dernière grâce, qu'on le renfermât entre quatre murs jusqu'à ce qu'il eût achevé un livre, *qui devait être une tant belle œuvre* [3]. Mais Cromer impatient lui répondit qu'il n'avait pas de temps à perdre, qu'il ne lui fallait plus songer qu'à son salut.

En effet, le prêtre était arrivé. Brisson fut conduit dans une chambre haute, où il se confessa. « Après cela, dit Pasquier, on « le monta sur une selle moyennement basse, et là, attaché à une « grande poutre, le selle levée dessous lui, il fut en cette façon « misérablement étranglé par le bourreau [4]. »

En ce moment, on amenait une autre victime, Claude Larcher, conseiller au parlement. C'était un homme de courage. Quand il fut en présence du cadavre de Brisson : « Il y a longtemps, s'écria-« t-il, que je vous avais prédit ce malheur. Toutefois, jamais ne « me voulûtes croire. » Puis, s'adressant à ceux qui l'entouraient : « Or sus, détestables bourreaux, leur dit-il, achevez en moi ce

[1] « De ma part je crois qu'il mentait, et que tout ce qu'il en rapportait était pour l'avancement de son malheureux dessein, » dit Pasquier, livre XVII, lettre à Scévole de Sainte-Marthe. J'ai suivi de préférence le récit de Pasquier. « Je me suis tout au long, dit-il, voulu informer de cette histoire fu-« neste que j'ai tirée jour par jour d'un très-fidèle mémoire... J'ai extrait cette « relation d'un quidam qui se trouva en toutes ces assemblées, homme royal « en son âme, mais un autre Nicodémus, *occultus propter metum Judæo-« rum.* »

[2] Brisson avait, vingt-cinq ans auparavant, fait condamner le père de Cromer pour péculat (de Thou, liv. CII, sous l'année 1591).

[3] Année française, v° Brisson.

[4] Quelques écrivains, et Dreux Duradier d'après eux, ajoutent que Brisson s'écria au moment de mourir : « Mon Dieu ! que tes jugements sont grands ! » Ils prétendent aussi qu'il fut pris entre les mains du bourreau d'une telle sueur, que sa chemise en parut toute dégouttante, comme si on l'eût plongée dans la rivière.

Digitized by Google

« que vous avez cruellement commencé contre ce grand homme. « Ce me sera grand honneur de courir pareille fortune que lui. « Au surplus, je vous ajourne tous devant Dieu. » Ce furent ses dernières paroles. On le pendit, à l'instant même, à côté de Brisson.

Après lui vint Jean Tardif, conseiller au Châtelet. On était allé l'arracher de son lit. A l'aspect des deux cadavres, ce vieillard, déjà affaibli par l'âge et la maladie, tomba à demi mort, et laissa peu de chose à faire au bourreau.

Le lendemain, trois cadavres étaient exposés en place de Grève. Au-dessus des potences auxquelles ils étaient attachés, on lisait : *Brisson, chef des hérétiques et politiques; Tardif, Larcher, ennemis de la sainte ligue.* Et Bussy criait au peuple que ces traîtres avaient, la nuit précédente, ouvert une des portes de la ville pour y faire entrer l'ennemi.

Telle fut la fin déplorable du président Brisson. Sa mort ne resta pas sans vengeance. A peine quelques jours s'étaient écoulés, que déjà le duc de Mayenne avait fait pendre, dans la salle basse du Louvre, Amelin, Louchard, Heuroux et Aimonnot [1]. Il en fut bientôt de même du sergent qui le premier l'avait saisi, du geôlier qui avait donné la corde pour le garrotter, du bourreau, maître Jean Rozeau [2], et de messire Aubin Blondel, le prêtre qui l'avait confessé. Quant à Bussy, il fut, ainsi que plusieurs autres, condamné par contumace à être roué; mais il se réfugia à Bruxelles, où il reprit son premier métier de tireur d'armes, « ayant toujours, prétend Mézeray, un gros chapelet au cou, et « parlant peu mais magnifiquement des projets qu'il avait « manqués. »

Le caractère et la conduite politique de Brisson ont été jugés fort diversement. La plupart des écrivains du temps [3], attachés au parti du roi, ne lui ont point pardonné d'être resté avec la

[1] La satire Ménippée les appelle ironiquement *les quatre évangélistes.* On leur fit cette épitaphe :

Méchans pendards qui les juges pendez,
Impunité par là vous prétendez ;
Mais vous devez tout le contraire attendre :
Oncques pendard ne put son juge pendre.

[2] Le Scaligerana dit que *maître Jean Rozeau défaisait fort bien, en laissant tomber seulement l'épée.*

[3] De Thou, la satire Ménippée, décade de Henri VI, par Legrain, etc.; de Harlay l'appelait *Barrabas,* faisant allusion à son nom latin *Barnabas.*

Digitized by Google

ligue; reproches d'ambition et d'avarice, noms injurieux, railleries cruelles, épithaphes diffamatoires, rien ne lui a été épargné. Ses amis eux-mêmes [1], tout en rendant hommage à la grandeur de son génie et en payant un juste tribut de regrets à sa mémoire, n'ont point dissimulé le blâme que sa conduite, dans les derniers temps, leur a paru mériter. D'un autre côté [2], les ligueurs l'accusent plus vivement encore, pour justifier sa mort.

Quelques écrivains l'ont défendu [3]; ils ont cru à la sincérité de sa protestation qui prouve, selon les paroles de l'un deux, *qu'il avait les fleurs de lys bien avant gravées dans le cœur*. Ils répètent après lui qu'il était resté à Paris pour conserver au roi sa capitale, et pour empêcher qu'elle ne tombât au pouvoir des étrangers. Ces écrivains estiment qu'il y avait plus de courage à demeurer, au péril de sa vie, parmi les factieux, que de leur laisser le champ libre en les débarrassant des hommes dont le talent et la vertu pouvaient leur faire obstacle. Ils voient du côté de la ligue, aussi bien que du côté du roi, des hommes illustres, de bons citoyens, Villeroi, Jeannin, Lemaître, Molé, auxquels l'histoire a pardonné, comme Henri IV. Si Brisson n'a pas assez vécu pour ouvrir, avec eux, au bon roi, les portes de sa capitale repentante, la faute qu'ils ont rachetée par leur soumission, ne l'a-t-il pas expiée, lui, par sa mort?

Quant à moi, s'il me fallait porter un jugement sur le président Brisson, j'aurais présente à l'esprit la grande image de cet autre magistrat, près duquel il siégea longtemps, et dont il consentit à prendre la place quand les factieux eurent porté sur lui leurs mains impies. Je comparerais ces deux hommes, qui se trouvèrent dans la même position, eurent les mêmes devoirs à remplir, et je jugerais de ce que devait faire l'un par ce qu'a fait l'autre.

Après les barricades, Brisson, déjà chancelant, consulte le président Séguier sur le parti qu'il doit suivre. Après les barricades, Achille de Harlay reçoit avec un froid mépris le duc de Guise, vainqueur, et lui dit ces paroles sublimes: « Mon âme « est à Dieu, mon cœur est à mon roi et mon corps est entre

[1] Tels que Loysel et Pasquier, voir le *Dialogue des avocats et les notes*.

[2] Voyez notamment l'Apologie de Jean Châtel, et, dans les Preuves de la satire Ménippée, le dialogue entre le *malheustre et le manant*.

[3] L'Etoile, l'auteur de l'article Brisson dans la *Biographie universelle*, etc.

Digitized by Google

« les mains des méchants, qu'on en fasse ce qu'on voudra! » Quand la révolte est tout à fait maîtresse, Brisson est à la tête du parlement de la ligue; Harlay est à la Bastille. Mais regardez ce qui va suivre! le président Brisson flatte les mutins et les mutins le tuent, *exemple admirable,* dit un écrivain contemporain, *pour enseigner à tous magistrats de ne se rendre populaires;* le premier président de Harlay reste et fait tête à la ligue, la ligue l'emprisonne, mais elle n'ose le faire mourir. Il recouvre sa liberté, il revient, triomphant, avec Henri IV; et, plus tard, quand le trône est raffermi, on le retrouve dans l'histoire luttant, avec le même courage, pour la fortune du peuple. Brisson, avec son éloquence et son immense érudition, reste, malgré ses fautes, un des hommes les plus distingués de son siècle; de Harlay, toujours pur, toujours fidèle, inébranlable quand tout s'ébranle autour de lui, est le modèle du magistrat dans les temps d'agitation populaire. J'admire dans l'un le savoir, le génie, mais je crois voir briller dans l'autre la vertu elle-même.

NICIAS GAILLARD.

QUESTIONS SUR LA POSSESSION.

M. Marcadé, sous le titre : *Questions sur la prescription*, (V. t. III, p. 763 et suiv. de cette Revue) a fait des observations critiques sur la matière épineuse de la possession, traitée par M. Troplong, dans son Commentaire de la Prescription.

L'auteur de ces critiques ne nous paraît pas avoir assez approfondi ce sujet difficile, qui demande des connaissances historiques et philosophiques tout à fait spéciales. Aussi le savoir que M. Marcadé déploie ordinairement et la logique serrée de sa critique, sont-ils insuffisants pour entreprendre une tâche pareille. M. Troplong a expliqué cette partie de notre droit civil, avec l'élévation d'idées et la vaste érudition historique et philosophique qui se montrent habituellement dans les publications de l'éminent magistrat; et nous devons ajouter que, particulièrement dans cette matière, ses vues sont aussi nouvelles qu'heureuses et ont amené un véritable progrès dans la science du droit.

Digitized by Google

Pour suivre l'ordre qu'adopte M. Marcadé, nous prouverons d'abord que les idées que cet auteur émet sur la possession romaine ne sont pas exactes, et nous verrons plus loin qu'il n'a pas été plus heureux dans ses observations sur la possession, d'après le Code Napoléon.

Qu'est-ce que la possession? se demande-t-il. La possession véritable et proprement dite, est, selon lui, la détention exercée *animo domini*. On entend par *animus domini* la volonté d'exercer un pouvoir de fait sur la chose, comme le véritable propriétaire. Mais nulle part dans les textes du droit romain [1], on ne parle de l'*animus domini* pour exprimer la volonté de posséder. Les expressions dont on se sert sont celles de : *animus*, *animus possidendi*, *affectio tenendi*, ou *possidendi*, ψυχὴ δεσπόζοντος.

Abstraction faite du silence des textes, n'y a-t-il pas une contradiction évidente à soutenir qu'une personne a le droit de vouloir se prétendre propriétaire, qui fait les actes en vertu d'un droit, lorsqu'au contraire, elle n'en a aucun? Comment peut-elle vouloir en droit ce qui est contraire au droit? Comment supposer que la loi protége une intention aussi mensongère, aussi irrationnelle? Ou le possesseur n'est pas purement possesseur, s'il a l'*animus domini*, ou il est ignorant et confus dans ses idées, en s'attribuant le droit de vouloir ce qu'il ne peut nullement vouloir selon le droit. Spécialement il ne pourrait pas vouloir aliéner la chose, ni la consommer en sa simple qualité de possesseur; tandis que ses actes, comme exercice du droit de propriété, sont tout à fait légaux. L'expression énergique du droit romain *possideo quia possideo*, est caractéristique pour rendre la pensée romaine, que la possession n'exige pas l'*animus domini*. C'est un pur fait étranger à la notion du droit. La possession romaine n'est donc qu'un rapport de fait d'une personne avec une chose, rapport par lequel cette personne est en état d'exercer à son gré un pouvoir illimité sur cette chose et à l'exclusion de tout autre individu.

[1] La loi 3, § 23, D. H. T. le désigne par *possidendi affectio*; dans le § 1 de cette même loi, Paul parle de : *mente et cogitatione ut velit possidere*. — De même dans les sources byzantines (Théoph., II, 9, 4; III, 29, § 2). — Basil., loi 2, ch. VII. — Harménop. (III, § 4), emploie les expressions ψυχὴ δεσπόζοντος, pour dire que le possesseur exerce sur la chose un pouvoir illimité, mais non comme propriétaire; aussi ne trouve-t-on dans aucun passage les mots ψυχὴ δεσπότου, ou κυρίου.

Digitized by Google

M. Marcadé ajoute que le droit romain admettait si bien qu'il n'y avait pas d'autre possession que la détention à titre de propriétaire, « que même l'usufruitier (chez qui cette détention et « cette jouissance résultent d'un *jus in re*, complétement analogue « à celui du propriétaire, et absorbant même toute l'utilité de « celui-ci) n'y était pas possesseur. »

L'auteur de l'article a raison de soutenir que l'usufruitier ne pouvait pas être possesseur selon les principes rigoureux du droit romain. Mais ce n'est pas parce que la détention à titre de propriétaire n'était pas possible. Il faut chercher le motif dans ce que la possession est, comme nous venons de le dire, un rapport de fait d'une personne avec une chose matérielle. L'usufruit, n'étant qu'un droit[1], n'était pas susceptible de ce rapport de fait, élément constitutif de la possession. De même les personnes morales étant de pures abstractions, par conséquent non susceptibles de ce rapport de fait, ne pouvaient pas posséder en principe. Mais des raisons d'utilité ont nécessité cette dérogation. Ainsi Ulpien fait cette différence : *municipes per se nihil possidere possunt quia uni consentire, non possunt..... sed hoc jure utimur ut possidere et usucapere municipes possunt.* Du reste, ces notions de la possession romaine ont été, de notre part, l'objet d'une investigation spéciale dans un travail plus étendu que nous nous proposons de publier prochainement; nous nous bornons à les indiquer ici.

M. Marcadé critique vivement M. Troplong qui prétend que le Code n'avait pas admis la distinction faite par nos anciens auteurs dans la possession, en possession civile et en possession naturelle. En effet, M. Troplong est sorti de l'ornière que la jurisprudence romaine avait creusée en France et est entré dans des idées qui ont pris racine sur le sol national.

Les distinctions de la possession dont nous venons de parler sont en harmonie avec le développement spécial et caractéristique de la législation romaine qui reconnaît ce dualisme du droit civil et du droit prétorien. On entendait, parmi les jurisconsultes romains, par les expressions *jure civili possidere*, la possession

[1] Paul, L. 3, pr. D. H. T. *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia.* — Id. L. 4, § 27. *D. de nom.* XLI, 3... *nec possideri intelligitur incorporale.* — Jav. L. 20. *D. de servit. Ego puto usum... juris pro possessionis traditione accipiendum... ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

Digitized by Google

qui menait à l'usucapion, institution tirée de l'antique droit civil de Rome. La possession protégée par les interdits était celle qui tirait son origine du droit prétorien. Elle est désignée dans les textes par les termes *possessio*, *naturalis possessio*, pour marquer l'opposition avec la possession civile.

Cependant en général on indiquait par *naturalis possessio* la simple détention qui ne donnait pas droit aux interdits.

Lorsque le droit romain vint se greffer sur le droit français, nos jurisconsultes ont introduit aussi la division romaine de la possession, qui n'avait plus aucune raison d'être. Aussi n'était-on nullement d'accord sur la signification de ces expressions : *possession civile* et *possession naturelle*. Pothier, s'attachant à l'usucapion des Romains, refuse la possession civile à l'usurpateur, parce qu'il n'avait pas de titre, et à celui dont le titre était nul. Tandis qu'Argou, s'écartant de la définition conforme au droit romain, dit, dans ses Institutes du droit français, qu'il y a *possession civile* chez tous ceux qui possèdent *animo domini*, même de mauvaise foi.

C'est donc avec raison que M. Troplong, après avoir montré ces dissidences des auteurs, dit, p. 414, que « tant qu'on ne re« noncera pas à ces qualifications transportées du droit romain « dans le droit français, comme dans un sol exotique, on ne « trouvera que trouble, non-sens et confusion ! »

Aussi, je crois inutile de montrer combien l'exemple cité par M. Marcadé de la division des enfants, en enfants légitimes et naturels, a peu de rapport avec ce que M. Troplong dit de l'obscurité de la distinction de la possession, en possession civile et naturelle. Car dans le premier cas, les termes ont une signification claire, nettement définie ; personne ne confondra un enfant légitime, le fruit d'un mariage consacré par la loi, avec un enfant naturel né hors mariage. Tandis que les expressions de possession civile et de possession naturelle ne présentent en droit français rien qui donne à l'esprit une idée juste et nette. Il vaut donc mieux dire avec M. Troplong, que la meilleure manière de se reconnaître au milieu de ces nuances, c'est d'ajouter au mot de possession, la qualité qui la distingue.

Le bon sens qui règne dans nos tribunaux fait qu'on n'y parle plus de possession naturelle et de possession civile, « parce que, « comme dit M. Troplong, l'obscurité de ces mots commence à en « faire justice. Mais j'entends dire tous les jours, ajoute le savant

Digitized by Google

« magistrat, possession à titre de propriétaire, ou *animo domini*, « possession annale, pour désigner la possession qui sert de base « aux actions possessoires. Avec ce vocabulaire simple, sans « prétention scientifique, on saura toujours se reconnaître; avec « les mots de possession civile et de possession naturelle il fau- « drait toujours distinguer et disputer. » Ainsi, il paraît évident que là encore, les observations critiques de M. Marcadé portent à faux.

Nous avons vu qu'en droit romain, la possession était un fait distinct de toute idée de droit, qu'il ne fallait pas l'*animus domini*, et que l'*animus possidendi* suffisait. Aussi le créancier gagiste qui ne pouvait usucaper, avait droit aux interdits. Cette notion de la possession en droit romain, a-t-elle été conservée dans toute sa pureté en droit français? D'après M. Troplong, « la possession est le fait de celui qui, ayant dans la chose ou à « la chose un droit quelconque, l'exerce par des actes de jouis- « sance. Pour nous, dit-il, le fermier est un possesseur, de même « que le gagiste, le séquestre, le commodataire, etc. » Selon l'auteur, la possession est la manifestation extérieure d'un droit par les faits visibles de la détention ou de l'usage d'une chose ou d'un droit. M. Troplong nous fait savoir que le Code Napoléon est entré dans un ordre d'idées étranger au droit romain. La possession n'est plus un simple fait protégé par la loi dans l'intérêt de la paix générale, abstraction faite de toute idée de droit; mais il s'y mêle la présomption que celui qui possède, a aussi le droit de posséder. Le droit français n'a pas complétement séparé la possession de la propriété. Le mélange des principes romains avec les idées coutumières sur la saisine, ont produit une certaine fusion, et souvent même confusion des deux différentes législations.

La saisine (gewehre) s'appliquait à tous les droits possibles pour lesquels on réclamait la protection du juge; tandis que la possession romaine n'était d'abord possible que sur les choses physiques; et, plus tard, elle ne s'étendait qu'aux droits reels qui exigent toujours un rapport immédiat de la personne avec la chose, sans relation juridique avec une autre personne. Le Code Napoléon, au contraire, prend le mot de possession dans son acception la plus vaste, et l'applique à tous les droits sans distinction, dans son art. 2228. « La possession est la détention « ou la jouissance *d'une chose* ou *d'un droit* que nous tenons, ou

Digitized by Google

« que nous exerçons par nous-même, ou par un autre qui le « tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Ainsi, d'après l'art. 2228, on appelle possesseur, quiconque détient une chose ou en jouit, soit par lui-même soit par autrui. Ces dernières expressions ne disent rien autre chose, si ce n'est qu'une autre personne peut exercer la possession en nôtre nom; mais non pas que, pour posséder, il faut détenir la chose à titre de propriétaire. Les art. 2230 et 2236, qui parlent de la possession qui doit mener à la prescription, se servent des termes : posséder par soi et à titre de propriétaire, et de ceux : posséder par autrui; pour indiquer que la possession des uns est utile à la prescription, tandis que celle des autres ne l'est pas. — M. Marcadé, qui oppose ces articles à M. Troplong, paraît confondre les expressions posséder *pour* soi, posséder *pour* autrui, avec les termes posséder *par* soi ou posséder *par un autre*, employés dans l'art. 2228. Cette confusion fait voir à l'auteur, dans l'art. 2228, une définition de ce qu'il appelle la possession civile : « *C'est la détention exercée par nous, en notre propre nom,* « *à titre de propriétaire, soit par nous-même, soit par un autre,* « *qui n'est que notre remplaçant à cet égard.* » Par conséquent, d'après M. Marcadé, la possession civile, c'est la détention à titre de propriétaire. Il n'exige pas toutes les autres qualités indiquées dans l'art. 2229. La possession est-elle obtenue par la violence ? M. Marcadé nous répondra : c'est une *possession civile*, pourvu qu'on la détienne à titre de propriétaire. Et pourtant une possession pareille ne peut donner lieu, ni aux actions possessoires, ni à la prescription. Disons donc avec M. Troplong, que l'art. 2228 n'a pas voulu entrer dans les caractères spéciaux de la possession, qu'il a développés dans les articles subséquents. Le mot de possession y est pris dans son acception la plus générale, comme la manifestation d'un droit par des actes de jouissance. La loi ne s'occupe pas encore de savoir si cette jouissance a lieu à titre de propriétaire ou autrement. C'est seulement lorsqu'elle parle de la possession pour prescrire, et des actions possessoires, qu'elle exige une possession à titre de propriétaire (art. 2229).

M. Marcadé combat vivement la doctrine de M. Troplong, qui n'admet pas un *droit de possession :* « La possession, dit-il, qui « n'est qu'un fait à son origine, une fois revêtue du caractère « d'annalité et des autres conditions exigées par la loi, *constitue*

Digitized by Google

« *un droit.* » M. Troplong, au contraire, soutient qu'à toutes ses phases et dans tous ses moments, la possession n'est qu'un fait, c'est-à-dire qu'elle n'est que la manifestation d'un droit, mais pas le droit lui-même. En effet, d'après les idées du droit français, le fait de la possession en lui-même, quelque prolongé qu'il soit, ne serait nullement protégé par la loi ; mais la continuation de la jouissance fait présumer que celui qui l'exerce est le propriétaire. C'est là une différence palpable entre les interdits romains et les actions possessoires françaises. Les uns, dans l'intérêt de la paix publique, protégent la possession d'un instant, abstraction faite du droit qui l'a motivée, en vue de ce principe social, que personne ne doit être troublé d'une manière illicite, même dans des rapports purement de fait. Il fallait réprimer tout acte contraire à l'ordre public, ne le fût-il que dans sa forme extérieure.

Voilà les principes qui ont servi de base pour attacher chez les Romains des actions spéciales au simple fait de la possession.

La durée plus ou moins prolongée de la possession seule, ne paraissait pas à la logique sévère des jurisconsultes romains, qui n'y voyaient qu'un fait, un motif suffisant pour lui accorder une protection plus grande. Le droit français, au contraire, part de l'idée que la possession accompagnée de certaines conditions, continuée pendant un an, fait présumer que celui qui l'exerce a la propriété de l'objet possédé. Ce n'est plus un principe d'ordre public qui est le fondement des actions possessoires. Ces dernières sont basées sur cette idée de justice, que celui qui possède avec les qualités requises par la loi, doit être regardé comme le propriétaire présumé. La possession n'est alors, comme le dit M. Troplong, que le résultat de l'expression d'un droit plus élevé qui en est la source. C'est parce que la loi ne voyait pas un droit dans la possession, qu'elle s'est inquiétée, qu'elle s'est livrée à des recherches, qu'elle a voulu remonter plus haut. Quand a-t-elle été satisfaite ? Lorsqu'elle a rencontré une présomption de propriété. Alors seulement la possession lui a paru légitime, alors elle lui a promis son appui. Ce n'est donc que comme fait extérieur servant de manifestation à la propriété que la possession a une valeur. Le système de M. Troplong est confirmé par l'histoire des actions possessoires en France. Il suffit de connaître ici en abrégé le résultat des recherches scientifiques sur la saisine coutumière pour démontrer la conformité de la théorie que nous soutenons avec les données historiques.

Digitized by Google

Il est hors de doute que, dans les premiers siècles du moyen âge, celui qui avait la vraie saisine avait un droit définitif et inattaquable. Il l'acquérait par une sorte de prescription d'action de la part des tiers qui l'avaient laissé en possession paisible pendant un certain délai. Les deux conditions [1] requises étaient l'ensaisinement par le seigneur ou par le juge, selon qu'il s'agissait d'un fief ou d'un alleu, et la possession d'an et jour. Tant qu'elles n'avaient pas été remplies, la coutume regardait toujours le vendeur ou donateur comme seul propriétaire de l'héritage. Lorsque, au contraire, l'ensaisinement avait eu lieu, le saisi devenait propriétaire incommutable, si on ne l'attaquait pas dans le délai d'an et jour.

C'est ce qui est écrit dans les coutumes tenues toutes notoires et jugées au Châtelet de Paris. Art. 7 : « Aucun ne peut être « propriétaire s'il n'est ensaisiné réaullement et de fait par le « seigneur d'icelle propriété ou les gens du seigneur sous qui « elle est. »

L'effet de la vraie saisine est attesté par de nombreuses dispositions législatives du moyen âge. Ainsi nous trouvons dans les chartes des communes du XIIe siècle : « Si quis teneuram ali- « quam in pace anno et die tenurit, deinceps libere et quiete pos- « sideat, nisi aliquis extra provinciam egressus fuerit aut aliquis « (*in* mamburnia nondum emancipatus) super hoc clamorem « fecerit. » (Charte de Roye, art. IX. Charte de Saint-Quentin, art. II. — Ordon. des rois de France, tit. XI.)

Malgré la publicité qui accompagnait la transmission des biens et les restrictions qu'on faisait en faveur de quelques personnes privilégiées, il arrivait qu'on trouvait le délai d'an et jour trop bref pour exclure les tiers de toute réclamation. On conçoit qu'une pareille prescription ait pu suffire dans un temps où il n'existait que des rapports de voisinage et où les transmissions ne s'opéraient qu'entre les membres d'une même commune. Mais lorsque les communications devenaient faciles et fréquentes entre de plus grandes distances, quand les relations sociales se multipliaient, la brièveté du délai devait conduire à de graves injustices. Aussi les exeptions à la règle qui faisaient perdre toute action aux tiers, après l'an et jour depuis l'investiture, devenaient-elles plus nombreuses que les applications de la règle même ; surtout lorsque,

[1] V. Brodeau, sur la *Coutume de Paris*, art. 81.

Digitized by Google

par des entreprises lointaines, les croisades et les guerres, les absences durant lesquelles le délai d'an et jour ne courait pas, se multiplièrent et se prolongèrent. Enfin l'usage des actes écrits, la difficulté de rassembler la cour féodale pour opérer l'ensaisinement, faisaient négliger l'accomplissement des formalités destinées à donner de la publicité à la transmission des biens. Il arriva alors qu'on accueillit, en France, les prescriptions plus longues du droit romain, dont l'étude avait recommencé avec une nouvelle ardeur. La saisine d'an et jour ne fut maintenue que pour protéger la possession. Pourtant des traces nombreuses de sa signification primitive se sont conservées postérieurement dans les coutumes. Le coutumier d'Artois dit « que par la coustume « d'anciens lieux il suffit d'an et jour tant seulement pour gaigner « héritage par longue tenure. » Et l'auteur du Grand-Coutumier, qui date du xve siècle, nous rapporte que, suivant l'opinion de quelques-uns, on acquiert par an et jour la saisine simplement et entièrement. Ceux qui se préoccupent seulement de la possession romaine, devront être étonnés de voir appliquer la saisine dans des auteurs coutumiers à des droits personnels. Mais en remontant à sa source [1], on s'explique qu'ils parlent de la saisine du fermier, du locataire qu'on n'a jamais regardés comme possesseurs en droit romain, qu'ils accordent les actions possessoires pour troubles de juridiction et de jouissance d'une rente ou d'une dîme. Enfin, un vestige de l'ancien rôle qu'a joué la saisine se montre encore aujourd'hui, en ce qu'elle n'est pas, comme la possession romaine, un simple fait, mais une présomption de droit. Le temps fait présumer la légitimité de toute chose ; il faisait présumer l'investiture par le seigneur, ou l'ensaisinement par le juge, d'où dérivait la présomption du droit lui-même. Nous en trouvons la preuve dans ce que nous dit l'auteur du Grand-Coutumier. « Celui qui allègue saisine, en chose dont toute présomp- « tion est contre luy, qui de droict commun ne peut cheoir en sa « personne, il convient qu'il allègue tiltre ; de chose qui touche « délict, ne se peut aucun dire ensaisiné, etc... et ne fait à ouyr par « usage ou par coustume. » — « Jaçoit, dit-il dans un autre pas- « sage, le droict de possession et de saisine n'est point de différence « expresse, toutefois par coustume ils ont telle différence, comme

[1] Klimrath, page 360, et la nouvelle édition des Institutes de Loisel, par MM. Dupin et Laboulaye, page 320.

Digitized by Google

« à juste cause et à injuste cause. — Possession se peut pour oc-
« cuper seulement; mais s'acquérir momentairement. — La sai-
« sine est acquise par an et jour, et pour ce, par la coustume sai-
« sine est réputée juste de soy, *propter temporis adminiculum*; mais
« possession non *quæ temporisad miniculum non requirit*. Et em-
« porte cette saisine grand effet, car si je m'allègue saisi par an
« et jour, si mon adversaire n'allègue pas saisine contraire, l'on
« présume pour moy et non pour luy, tellement que pendant le
« playd, la chose n'est point mise en la main du roy, mais de-
« mourra à mon profit. Et ainsi vous pouvez veoir que saisine
« comprend et dénote possession, et naist saisine de possession,
« *et non e contrario.* »

C'est donc là une différence capitale entre le droit français et le droit romain que la saisine, et par conséquent les actions possessoires qui la protégent, résultent d'une présomption du droit qui se manifeste par la jouissance paisible et publique pendant l'an et jour. L'usurpation de quelques instants ne désarmera plus le propriétaire à qui manque seulement la preuve souvent si difficile de son droit. Celui qui a labouré, semé, cultivé le champ pendant des années, ne doit plus perdre les fruits de ses labeurs, parce qu'un autre s'est emparé depuis peu de moments de son bien. La saisine d'an et jour donne le pouvoir de défendre sa possession envers quiconque n'a pas acquis une pareille présomption du droit. Elle a la même vertu que la propriété elle-même, qu'elle fait présumer. La possession romaine, au contraire, n'est qu'un fait complétement séparé de la propriété; ce n'est que l'emploi de formes illégales qui oblige l'auteur du trouble à réparer le tort par lui causé. La saisine d'an et jour, qui primitivement rendait le droit inattaquable et n'admettait aucune preuve de sa non-existence, forme encore aujourd'hui une présomption de la propriété jusqu'à la preuve du contraire. C'est le droit de propriété que la loi protége par les actions possessoires lorsqu'elle le reconnaît manifesté par la saisine d'an et jour. M. Troplong soutient donc avec raison qu'à « toutes ses phases et dans tous ses « moments, la possession n'est qu'un fait, c'est-à-dire qu'elle « n'est que la manifestation du droit, mais pas le droit lui-« même. »

M. Marcadé présente comme arguments invincibles contre la théorie de M. Troplong quelques objections tirées de la procédure relative aux actions possessoires. Laissons de côté les mou-

Digitized by Google

vements chaleureux que la discussion inspire à l'auteur, et résumons les objections en deux points :

1° La loi défend le cumul du possessoire et du pétitoire; 2° Devant le juge du possessoire, vous n'avez pas le droit de parler de propriété.

Il suit de là, puisqu'il y a une action spéciale pour protéger la possession, et que dans l'instance sur la possession, il est défendu de parler de la propriété, que c'est le droit de possession annale seul qui fait l'objet des actions possessoires, et non pas le droit de propriété. — Partant, il y a un droit de possession qui n'est pas celui de la propriété.

Ces objections paraissent avoir une certaine force et sont fort spécieuses, quand on ne va pas au fond des choses ; mais elles tombent quand on les examine de près. Sans doute, la séparation du possessoire et du pétitoire est très-utile, et le législateur a bien fait de l'admettre ; cependant cette séparation ne résulte pas de la nature des choses. Cela est si vrai, qu'autrefois elle n'existait pas dans notre jurisprudence. Le possessoire et le pétitoire marchaient parfaitement de front, et l'on pouvait plaider devant le même juge sur la propriété et sur la possession ensemble. Mais le danger qu'il y avait de laisser ainsi la jouissance trop longtemps indécise, et de rendre les propriétés improductives, par suite des lenteurs judiciaires que produisait la jonction des deux instances, a donné lieu déjà au xve siècle, à des améliorations législatives. Dès l'année 1446, on voit Charles VII, par l'ordonnance rendue à Montel-les-Tours, art. 72, défendre à tous gens de justice de conduire le pétitoire et le possessoire, en matière de nouvelleté, ensemble. — Cette prohibition d'instruire ensemble les deux actions, n'empêchait pas de les poursuivre en même temps, en les séparant l'une de l'autre, et cela devant les mêmes juges. C'est François Ier qui traça nettement la ligne de démarcation entre le possessoire et le pétitoire, en établissant la préséance du premier sur le dernier. Cette innovation heureuse a été faite par l'ordonnance rendue en l'année 1535 : « La partie, dit-« elle, ne sera reçue à intenter le pétitoire que préalablement « elle n'ait payé et satisfait les fruits et dépens qu'elle aura été « condamnée, à cause dudit possessoire. »

C'était déjà un grand progrès que la séparation du possessoire d'avec le pétitoire et la préséance du premier sur le second. Le juge, sans s'occuper du fond du droit, qui exige une instruction

Digitized by Google

plus longue, pouvait ainsi terminer plus promptement le procès sur la possession, afin de maintenir le propriétaire présomptif du moins dans sa jouissance. — Enfin l'Assemblée constituante a introduit une dernière réforme bien utile, en rangeant les actions possessoires dans la compétence des juges de paix. Cette idée salutaire d'un tribunal exceptionnel pour la possession, permet, dans les campagnes, d'obtenir une justice prompte et peu coûteuse, pour une foule de petites usurpations, à raison desquelles il serait bien fâcheux qu'on dût s'adresser aux tribunaux ordinaires. On voit ainsi que la séparation du pétitoire et du possessoire n'a été introduite que pour accélérer la procédure, diminuer les frais, et surtout pour donner une garantie plus efficace à la propriété. On n'agite pas devant le juge de paix la question du fond, parce que le législateur a attaché à la saisine d'an et jour une preuve de propriété suffisante pour maintenir en jouissance celui qui possède avec les qualités requises par la loi, et le dispense de toute autre preuve de son droit. Objectera-t-on que cette présomption de la loi peut être détruite au pétitoire, et qu'il devrait en être de même au possessoire?

La réponse est facile à donner. La loi, voyant dans le possesseur d'an et jour le véritable propriétaire, lui assure l'exercice de son droit, tant que l'adversaire n'a pas prouvé qu'il est lui-même propriétaire; et afin que le propriétaire présumé puisse jouir, administrer, améliorer sa chose, sans crainte d'être troublé dans sa possession, elle a voulu que cette jouissance fût inattaquable. — C'est dans cette vue d'économie politique que nous trouvons le motif de la loi, qui n'admet aucune preuve au possessoire contre celui qui a la présomption de propriété en sa faveur. Les actions possessoires ne sont donc autre chose, en droit français, qu'une protection accordée à l'exercice du droit de propriété, manifesté par des actes de jouissance. Au possessoire, la preuve du droit de propriété se fait exclusivement par des actes extérieurs de jouissance; au pétitoire, au contraire, le champ des preuves est élargi, quoique le but soit toujours le même, c'est-à-dire l'établissement du droit de propriété. C'est cette multiplicité des preuves qui rend la décision plus difficile et qui demande des délais plus longs. De là l'origine et l'utilité du possessoire pour prononcer seulement sur la question de jouissance.

A l'aide de ces courtes notions sur l'histoire et sur la nature du possessoire et du pétitoire, nous croyons avoir réfuté les

Digitized by Google

objections de M. Marcadé contre la théorie de M. Troplong.

M. Marcadé critique l'opinion des jurisconsultes romains adoptée par M. Troplong, n° 254, qui admet qu'après avoir acheté une chose, si, par erreur, on m'en livre une autre, je n'aurai la possession d'aucune : pas de la première, puisque je ne la détiens point; pas de la seconde non plus, puisque, dit M. Troplong, je n'ai pas l'intention de la posséder.

Selon M. Marcadé, M. Troplong confond l'intention qu'avait l'acquéreur de se procurer telle chose au moment de l'achat, avec l'intention de la posséder après la livraison. « Autre chose, « dit-il, est l'intention originaire, le projet primitif que j'avais de « me procurer tel objet; autre chose l'intention de posséder, « l'*animus domini*, l'esprit de maîtrise que j'ai aujourd'hui sur « tel objet. »

« Il ne s'agit pas, pour la question de prescription et de pos- « session, de savoir si j'ai voulu acheter telle chose ou telle autre, « ni même si j'ai acheté quelque chose; tout ce qui importe c'est « de savoir si pour telle chose que je détiens corporellement j'ai « ou non l'esprit de maîtrise ou de propriété. Du moment où j'ai « cet esprit de maîtrise, *animum domini*, j'ai la possession. »

M. Marcadé résout la question par la question, car il est évident que si l'acheteur à qui on livre une chose différente de celle qu'il a achetée, a réellement l'intention de posséder cette chose, il en acquiert la possession. Mais c'est là précisément la difficulté à éclaircir. Or, il est admis en fait que l'acheteur a reçu cette chose par erreur, croyant qu'on lui avait remis celle qu'il avait en vue au moment de la convention. M. Troplong se demande comme le jurisconsulte romain : dans ce cas y a-t-il possession? Sa réponse est négative parce qu'il manque un des éléments constitutifs de la possession qui s'acquiert *corpore et animo*. En effet, l'acheteur a bien la détention matérielle de l'objet, mais il n'a pas l'intention de le posséder, puisque non-seulement au moment de l'achat, mais aussi à celui de la livraison, il voulait obtenir la possession de la chose dont il était convenu et non de celle qu'il n'a reçue que par erreur. — Ainsi j'ai acheté du froment, on me fournit de l'orge, ayant confiance dans mon vendeur, je prends livraison de cette marchandise, croyant qu'il m'a livré du froment. Il est évident que je détiens bien l'orge, mais que je n'ai pas l'intention de le détenir; qu'au contraire mon intention se porte sur le froment que j'avais demandé; donc je

Digitized by Google

ne posséde pas l'orge. — D'après M. Marcadé, ayant reçu de l'orge au lieu de froment, j'en deviendrai possesseur, quoique je le détienne par erreur. Cette doctrine entraînerait des conséquences fâcheuses; car si l'on devenait ainsi possesseur, on serait aussi pour les objets mobiliers immédiatement propriétaire, comme possesseur de bonne foi, et alors la chose périrait pour celui qui en a la propriété. Selon M. Troplong, au contraire, l'acheteur ne devient pas possesseur de l'objet, lorsque le vendeur lui a fourni autre chose que ce qui était convenu, et les risques restent à la charge de ce dernier. L'opinion de M. Marcadé ne serait soutenable que si l'acheteur, en prenant livraison, avait accepté sciemment l'objet livré au lieu de celui qu'il avait acheté. Mais M. Troplong et le jurisconsulte romain posent en fait qu'il n'a reçu la chose que par erreur, et que par conséquent il n'a pas l'intention de la garder. Donc encore sur ce point le raisonnement des jurisconsultes romains et de M. Troplong est préférable à l'opinion de M. Marcadé.

Un dernier objet de la critique de M. Marcadé est la doctrine de M. Troplong, relative à la jonction de la possession. Il soutient contrairement à ce dernier auteur que le Code civil a maintenu l'ancienne doctrine, que le possesseur à titre singulier, de mauvaise foi, succédant à un possesseur de bonne foi, ne peut acquérir la prescription par dix ou vingt ans. M. Troplong, tout en reconnaissant que c'était là l'opinion des jurisconsultes romains, adoptée par l'ancienne jurisprudence française, prétend que, sous le Code Napoléon, il n'y a plus de distinction à faire entre les successeurs à titre universel et ceux à titre particulier. Il fonde son opinion sur les art. 2235 et 2269. En effet l'art. 2235 paraît mettre sur la même ligne le successeur à titre universel et celui à titre particulier, d'où M. Troplong conclut que la jonction de la possession d'un successeur à titre particulier à celle de son auteur, a la même force que la continuation de la possession du défunt par l'héritier.

Il faut dire que cette innovation que le Code aurait faite d'après M. Troplong n'est pas mentionnée dans les discussions qui ont eu lieu lors de sa rédaction, et pourtant il nous semble difficile de croire que ses auteurs aient voulu déroger à un point de doctrine aussi constant, sans en faire l'objet d'un examen spécial. D'ailleurs les art. 2235 et 2269 combinés se prêtent à l'interprétation de M. Marcadé. M. Troplong reconnaît lui-même avec l'an-

Digitized by Google

cienne doctrine, que le successeur à titre particulier a une possession distincte. La loi en lui permettant de la joindre à celle de son prédécesseur, en forme bien ainsi une seule possession; mais elle ne peut pas faire que le successeur à titre particulier n'ait d'abord acquis sa possession pour la réunir à celle de son auteur. Or, l'art. 2269 exige la bonne foi au moment de l'acquisition, pour arriver à la prescription décennale; donc le successeur à titre particulier doit avoir cette bonne foi au moment de l'acquisition de l'objet qu'il veut ainsi usucaper.

Le successeur à titre universel, au contraire, n'acquiert pas une nouvelle possession, il continue la personne de son auteur quant à ses droits ; il n'a donc pas d'influence sur les caractères de la possession et ses conséquences légales. Ainsi c'est le motif juridique que nous avons développé qui explique la différence entre le possesseur à titre universel et celui à titre particulier.

M. Marcadé ajoute encore une raison de moralité. « On comprend, dit-il, que le possesseur de bonne foi qui apprend « plus tard que la chose qu'il a en sa puissance, appartient à « autrui, puisse continuer la prescription de dix ans, parce qu'il « n'a aucune faute à se reprocher au moment de l'acquisition, « et qu'on ne peut exiger de lui une délicatesse assez grande « pour rendre à ses dépens le bien au vrai propriétaire. Quand « il s'agit au contraire d'un acquéreur qui était de mauvaise foi « au moment de l'acquisition (quelle qu'ait été d'ailleurs la bonne « foi originaire de son vendeur), il commet un acte de spoliation « qui ne mérite aucune protection de la loi. » Cette raison, bonne en elle-même, n'explique pas la différence entre le successeur à titre universel et celui à titre particulier, car elle devrait militer contre l'héritier ou le légataire à titre universel qui obtient la possession de la chose gratuitement, sachant qu'elle appartient à autrui, aussi bien que contre l'acheteur qui l'acquiert à titre onéreux. Ce qui n'a pas lieu. Donc le motif de moralité invoqué contre M. Troplong n'est d'aucun poids dans la question, puisqu'il ne s'applique pas à tous les cas. La raison de cette différence est, ainsi que nous l'avons dit, purement juridique. M. Troplong, partant d'un point de vue différent et s'appuyant sur le texte de l'art. 2235, devait arriver logiquement à la solution qu'il a adoptée.

SELIGMAN,
Juge à Chartres.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Essai sur les récompenses, sous le régime de la communauté légale.

PAR M. MENNESSON, DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LAON.

Cet ouvrage sérieux, dont nous aurons prochainement l'occasion de discuter quelques doctrines, a été, de la part de M. Hippolyte Grellet, président du tribunal civil de Laon, l'objet d'un rapport fait à la société académique de Laon, à laquelle M. Mennesson avait fait hommage de son livre. Nous extrayons de ce rapport les passages suivants :

Ce livre, est un ouvrage de droit et de doctrine sur une matière contenue dans sept articles de notre Code civil, matière hérissée de difficultés et de doutes que le jeune jurisconsulte s'est imposé la tâche de résoudre dans un travail important, plein de science et de clarté.....

M. Mennesson ne s'occupe que de la communauté légale, c'est-à-dire du contrat que la loi impose aux époux, lorsqu'ils n'ont pas pu ou voulu se lier volontairement par un contrat spécial, qui contient leurs droits et leurs obligations respectifs, stipulés et réglés par eux-mêmes.....

Ses droits : la communauté prend tout le mobilier présent et avenir des deux époux et tous les revenus des biens qui leur sont restés propres ; voilà son actif.

Ses obligations : elle doit payer toutes les dettes des époux, même celles antérieures au mariage ; elle doit des aliments, l'entretien, l'éducation aux enfants qui en sont nés ; voilà son passif.

De cette communauté ainsi établie, le mari est l'administrateur et le maître absolu ; il s'oblige pour elle et il est tenu de ses obligations même sur ses biens propres et personnels. — Aussi, lorsque vient le moment du partage, il est obligé de la prendre et de la garder en l'état où il l'a mise, si onéreuse qu'elle soit, tandis que la femme a le droit d'examiner ses forces et d'y renoncer, si elle le juge utile.

Mais, avant d'arriver à ce partage, qui est le but et la fin de l'association conjugale, au point de vue des intérêts pécuniaires des époux, il y a lieu à une liquidation, souvent source de difficultés et de procès, où il faut examiner, la loi à la main, si la communauté, cet être moral qu'il faut supposer toujours debout

Digitized by Google

entre les conjoints, a exercé tous ses droits, rempli toutes ses obligations.

Dans cette discussion et les débats qu'elle soulève d'ordinaire, deux principes dominent, à savoir, que la communauté ne peut s'être enrichie au préjudice des époux, et que, d'une autre part, ni l'un ni l'autre des époux ne peut s'être fait une condition meilleure au détriment de la communauté.

Ainsi, le mari, maître de la communauté, a vendu un bien propre de la femme; la communauté a profité du prix; la femme aura le droit de reprendre le prix sur elle.

Ainsi, le mari, chef de la communauté, a payé une dette dont les biens propres de la femme étaient grevés; la communauté, dont les deniers ont servi à acquitter cette dette, a le droit d'en répéter le montant contre la femme; car autrement celle-ci s'enrichirait au préjudice de la communauté.

Ce sont ces reprises réciproques, ces indemnités que les époux se doivent mutuellement, que la loi appelle, d'après les anciens auteurs, des *Récompenses*; c'est le sujet du livre de M. Mennesson.

Si vous étiez, Messieurs, une académie de législation, nous entrerions plus avant; nous vous parlerions de nombreuses et graves questions que soulève cette matière, si simple en apparence; nous tâcherions de vous faire comprendre ce que c'est que le *remploi*, son origine et les conditions, auxquelles la loi attache sa validité pour sauvegarder les droits de la femme et quelquefois ceux du mari.

Mais c'en est assez pour donner à ceux d'entre nous qui sont étrangers à la langue et à l'étude approfondie du droit, une idée de l'importance et de l'utilité du travail de M. Mennesson; nous ne pouvons oublier que ce n'est pas ici le lieu des controverses juridiques, tout intéressantes qu'elles puissent nous paraître.

Qu'il vous suffise de savoir que ces nombreuses et graves questions, qui sont de notre domaine spécial, car la plupart divisent encore les jurisconsultes et les tribunaux, M. Mennesson les a discutées et résolues avec netteté, sagesse et une grande indépendance. Instruit à l'école des maîtres renommés de la science, il ne craint pas de s'attaquer à leurs opinions, lorsqu'il les trouve erronées, et même à l'autorité des arrêts des cours souveraines, lorsqu'ils lui paraissent s'écarter de la loi et des vrais principes sur lesquels elle repose.

Son style, comme sa pensée, est ferme, clair et précis; c'est

Digitized by Google

le bon style du droit, science austère qui, comme le dit un vieil auteur par lui cité [1], « doit être simple, sans grand apparat, ne « souffrant pas ces fanfares de distinctions, limitations, fallences « et autres discours qui sont plus de fard que de substance. »

Tout n'est pas cependant, à proprement parler, scientifique et technique dans le volume qui vous est offert. Avant de se jeter à pleines voiles dans son sujet, avant d'écrire un volume complet, plein de recherches utiles, sur sept articles du Code Napoléon, M. Mennesson a dû consulter, étudier, annoter beaucoup d'anciens auteurs qui sont le pain des forts. Il en a pris l'heureuse idée de faire précéder son travail, en forme de préface, de la biographie sommaire de plusieurs d'entre eux et des principaux ; c'est Bacquet, René, Choppin, Charondas, Guy Coquille, l'historien et l'oracle de la province de Nivernais, l'homme de bien, le *vir probus* par excellence, trois fois élu par le tiers état aux États-généraux de 1560, de 1576, de 1588 ;

C'est d'Argentré, le profond jurisconsulte ou plutôt le savant législateur de la Bretagne, sa patrie, magistrat intègre, puisant dans le sang de sa race son ardeur à défendre le régime féodal et les fiefs ;

C'est surtout Dumoulin, le premier dans cette pléïade de hardis esprits qui, au XVIe siècle, sortis de la poussière des écoles, en présence du droit romain restauré, remis en ordre et lumière par le génie de Cujas et des grands docteurs qui l'avaient précédé, fondèrent notre droit français et, en lui imprimant un caractère national, préparèrent cette unité de nos lois civiles qui fut le bienfait tardif et aujourd'hui incontesté de la révolution de 1789 ; Dumoulin, disons-nous, ce simple avocat au parlement de Paris, que la faiblesse de sa poitrine et un organe ingrat avaient écarté de l'audience, posant ses opinions et ses écrits comme une barrière aux entreprises de Rome, infatigable à l'étude, emporté dans toutes les luttes politiques et religieuses de son époque, persécuté à Paris, réfugié et honoré en Allemagne comme le droit vivant, emprisonné à Montbéliard, puis errant d'université en université, et, à travers des persécutions et des chagrins de toute sorte, ne songeant qu'à ses manuscrits et à ses livres et jetant des torrents de lumière dans les ténèbres de notre droit coutumier encore dans les langes ;

(1) Guy Coquille, *Préface au commentaire de la coutume du Nivernais.*

Digitized by Google

C'est enfin, et comme pour faire contraste, la paisible et calme figure d'Antoine Loisel, poëte et érudit, historien, avocat, magistrat, l'auteur de l'instructif et charmant *Dialogue des avocats*, qui, après une vie consacrée aux plus nobles et aux plus rudes travaux de l'esprit, inscrivait, à quatre-vingts ans, au frontispice de son dernier ouvrage, *les Mémoires du Beauvaisis*, ces deux vers latins, expression mélancolique d'un citoyen généreux, d'un pieux homme de bien, qui va mourir, après avoir bien rempli sa journée :

Extremum hunc mihi, Christe Deus, concede laborem
Gratus ut in patriam moriar, vivamque superstes.

Ces notices, pleines d'intérêt, nous découvrent un coin du XVIe siècle ; elles nous font voir ce qu'était, dans ce siècle tourmenté par tant d'idées nouvelles, un jurisconsulte, digne de ce nom ; elles nous le montrent grave, austère, retiré dans son cabinet et au milieu de ses livres, consulté par les princes et plaçant l'autorité de ses écrits à côté de la loi, quand ils n'étaient pas la loi elle-même.

Nous aimons à redire, en finissant les éloges par lesquels nous avons commencé ce rapport : Le livre de M. Mennesson atteste de fortes études qui, nous l'espérons, donneront une sorte d'illustration à notre barreau de Laon. Partout y brillent l'amour et la recherche consciencieuse de la vérité ; il mérite d'être placé avec honneur dans votre bibliothèque et, comme chef de la justice dans ce siége, nous sommes heureux d'avoir à lui rendre ce public témoignage d'estime.

HIPPOLYTE GRELLET,
Président du tribunal civil de Laon.

NÉCROLOGIE.

FŒLIX [1].

Il y a peu de temps, nous avons vu s'éteindre, touchant à peine à la vieillesse, un homme dont le mérite, comme juriscon-

[1] M. Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris, qui a partagé pendant dix ans, avec Fœlix, la direction de la *Revue étrangère et française de lé-*

Digitized by Google

sulte, était d'une nature peut-être unique en France. Ce n'est certes qu'à de très-longs intervalles qu'on peut trouver réunis dans la même personne tous les avantages que possédait Fœlix : la connaissance d'un grand nombre de langues, de nombreuses relations avec les savants français et étrangers, un jugement sûr, une mémoire puissante, et, par-dessus tout, une infatigable ardeur au travail.

Fœlix a rendu des services immenses, quoique peu connus encore de bien des gens (même du métier), à l'étude des législations comparées, étude qui stimule et fortifie l'intelligence, augmente la tolérance générale en affaiblissant les préjugés nationaux, opère enfin chez les peuples un mélange des idées, et ce qu'on pourrait appeler un *croisement moral des races*, cause d'amélioration des lois et de progrès de la civilisation.

Les premiers temps de la vie de Fœlix l'avaient heureusement préparé à ce rôle d'*initiateur*, parfois ignoré, toujours opiniâtre, qu'il a rempli en France pendant trente années. Ayant vu le jour sur une terre allemande, devenue ensuite française, et plus tard rendue au sceptre germanique, Fœlix était en quelque sorte demi-Français et demi-Allemand. Et même, après vingt ans de naturalisation et vingt-cinq ans de séjour presque continuel à Paris, son origine se révélait encore, non-seulement dans son langage ou dans son style, mais dans la forme même de sa pensée. Personne, du reste, n'a jamais pu lui reprocher de n'être pas Français par les sentiments et par le cœur.

Mais sortons de ces généralités et entrons dans quelques détails sur la vie de l'ami dont nous déplorons la perte.

Fœlix (Jean-Jacques-Gaspard) était né à Oberstein, électorat de Trèves, le 3 juin 1791. Ce pays fut, peu d'années après, compris dans le nouveau département français de la Sarre, et, après les événements de 1814, cédé à la Prusse. Le père de Fœlix est mort conseiller à la Cour royale de Cologne.

Le jeune Fœlix fit son droit à la Faculté de Coblentz, l'une des douze Facultés de droit instituées par le décret du quatrième

gislation, de jurisprudence et d'économie politique, a écrit sur ce jurisconsulte, dont la science réelle et les services n'ont pas été peut-être appréciés de son vivant comme ils méritaient de l'être, l'article remarquable que nous reproduisons ci-dessus. Publier cet article, c'est nous associer aux éloges comme aux regrets qu'il exprime ; les amis de la science ne pourront que s'y associer comme nous.

Digitized by Google

jour complémentaire an XII [1]. Il s'établit comme avocat-avoué dans la même ville en 1814.

Les provinces Rhénanes ayant été séparées de la France, Fœlix se trouva, dans l'exercice de sa profession, aux prises avec une foule de difficultés, résultant du conflit des Codes français restés en vigueur dans le pays qu'il habitait, avec le droit commun allemand, et aussi avec les lois spéciales régissant des parties limitrophes de la Confédération germanique.

De là pour Fœlix la première impulsion vers l'étude des législations comparées. Et plus tard, quand ses travaux en ce genre eurent porté quelques fruits, la pensée lui vint d'établir son cabinet d'avocat à Paris, où la connaissance, très-rare assurément, des lois étrangères, pouvait lui ouvrir une carrière inexplorée d'honneur et de profit. C'est au mois de juin de l'année 1826 qu'il réalisa ce projet de se fixer à Paris. Trois ans plus tard (1er mars 1829), il obtint des lettres de déclaration de naturalité, et bientôt après (1er mai) il fut inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à la Cour royale de Paris.

Dès les premiers temps de son séjour en France, Fœlix, tout en se livrant à la pratique des affaires et surtout à la consultation, commença la série des publications qui lui ont assuré un si beau nom dans la science du Droit.

Nous ne pouvons indiquer en détail tout ce qui a paru de lui, soit en forme de brochures, soit dans les recueils et journaux judiciaires. Nous nous bornerons à citer les ouvrages proprement dits, qui sont les suivants :

Code forestier annoté (avec la collaboration de M. de Vaulx); 2 vol. in-8°. Paris, 1827.

Traité des Rentes foncières (avec la collaboration de M. Henrion); 1 vol. in-8°. Paris, 1820; et 2e édit. 1828.

Commentaire de la loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps; 1 vol. in-8o. Paris, 1832.

Enfin, *Traité du Droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de Droit privé;* 1 vol. in-8°. Paris, 1843; 2e édit. 1847 [2].

Tous ces écrits portent l'empreinte d'un travail consciencieux.

[1] C'étaient les neuf Facultés actuelles de France, plus celles de Bruxelles, Coblentz et Turin.

[2] Fœlix a laissé en manuscrit une traduction et une continuation du résumé de l'*Histoire des Traités de paix*, par Martens.

Digitized by Google

Les documents législatifs, judiciaires, ou de pure doctrine, y sont rassemblés avec un grand soin. Mais, à lui seul, le *Traité du Droit international privé* eût suffi pour asseoir, sur des fondements durables, la réputation de Fœlix.

Partout, en Europe, ce livre est cité avec éloge et fait autorité dans la matière. Il a valu à son auteur des distinctions flatteuses de la part des corps savants et de plusieurs souverains étrangers. Nous ne craignons pas de dire que, seul en France peut-être, Fœlix pouvait en concevoir et en réaliser le plan. Car nul n'avait à la fois une collection aussi vaste de documents sur les lois et la jurisprudence étrangères, des relations aussi suivies avec les jurisconsultes de l'Europe et de l'Amérique, et enfin une connaissance aussi variée des langues vivantes. Nous avons déjà parlé de cette aptitude incessante au travail, qui faisait de Fœlix une sorte de bénédictin de la science du Droit, confiné parmi ses livres, et ne laissant jamais d'intervalle entre la tâche terminée et la tâche à entreprendre. C'est par là qu'on peut s'expliquer l'immensité des matériaux que renferme le *Traité du Droit international privé*, sur le conflit des lois civiles des différents pays et sur la part à faire à chacune d'elles suivant les personnes et les objets. Ce cadre embrasse, non-seulement ce qu'on appelle en termes techniques les *statuts personnel et réel*, mais encore les lois qui règlent, soit *les conventions et dispositions de l'homme*, soit *les formalités de justice*. Et dans cette dernière catégorie se range tout ce qui a trait à *la compétence*, *aux modes de preuve*, et enfin à *l'exécution des jugements et actes*. Du reste, malgré le titre de l'ouvrage, lequel ne se réfère qu'au *droit privé*, une partie finale d'environ cinquante pages traite *des actes illicites de l'homme*, *ou du Droit criminel international*.

La deuxième édition (de 1847) a été dédiée à M. de Salvandy, alors ministre de l'instruction publique, et bien digne de cet hommage par son zèle, nous dirions presque son ardeur et son entraînement à encourager les travaux utiles et à protéger les hommes de mérite.

Un autre ouvrage considérable et d'une notoriété européenne a été le recueil mensuel fondé par Fœlix, en 1833, sous le nom de *Revue étrangère de législation et d'économie politique*. La publication en a duré pendant dix-sept ans, et n'a cessé qu'en 1850, par suite des circonstances qui entraînèrent le dérangement des affaires et la mort de Joubert, l'intelligent éditeur de la *Revue*.

Digitized by Google

Cette vaste collection (16 gros vol. in-8°, de 800 à 1,000 pages), à laquelle ont contribué un grand nombre de jurisconsultes français et étrangers, renferme sur l'état de la législation et sur le mouvement de la science du droit en Europe et en Amérique, une foule de documents précieux.

Non-seulement les lois et la jurisprudence en vigueur à l'étranger y sont exposées, tantôt par ensemble de matières, tantôt dans leurs détails, mais encore aucun projet, soit de Code, soit de loi un peu importante n'y est oublié. L'analyse et l'examen en étaient présentés immédiatement, ou par Fœlix, ou par des hommes spéciaux, capables d'en rendre le compte le plus exact. Un travail analogue, très-régulier, mais beaucoup moins développé dans ses détails, et analytique plutôt que critique, roule sur les ouvrages nouveaux consacrés au droit étranger. Pendant sept années, Fœlix, aidé de quelques amis [1], put suffire à faire marcher sa *Revue*, correspondant avec des collaborateurs de tous les pays, rédigeant lui-même des articles pour tous les cahiers du recueil, s'occupant enfin de la correction des épreuves et des autres soins matériels de la publication.

Bornée comme elle l'était au droit étranger, on comprend que les lecteurs de la *Revue* devaient être plus choisis que nombreux, surtout en France, où les études juridiques de pure érudition, et d'un avantage indirect et éloigné, n'excitent généralement pas un grand intérêt. Ce qu'on veut surtout chez nous, en fait de droit, c'est l'utilité immédiate, c'est la pratique actuelle et journalière. Il y a bien quelque chose de cosmopolite dans nos instincts; mais au fond ce n'est guère qu'une sorte de philanthropie vague, avide de perfectionnement dans l'uniformité, et aspirant à plier tous les pays du monde sous le niveau de quelques formules générales. Une telle disposition est peu favorable à la recherche attentive, fidèle et persévérante de ce qu'on peut appeler l'*individualité* des nations étrangères, dont les mœurs et les idées propres se traduisent dans leurs institutions et leurs lois. Aussi un tel genre d'étude n'a-t-il jamais été chez nous que le lot de certains esprits hors ligne, et à mon sens, vraiment philosophiques, puisqu'ils étudient avant de conclure. La *Revue étrangère* ne pouvait donc obtenir que ce qu'elle a obtenu en réalité : un grand succès d'estime, mais point de succès d'argent; et

[1] Notamment de M. West, depuis conseiller de préfecture et ensuite préfet.

Digitized by Google

même, pendant plusieurs années, Fœlix, qui ne vivait d'ailleurs que de ses consultations écrites et orales, eut à soutenir de sa bourse la publication savante à laquelle il donnait déjà une très-notable partie de son temps.

A partir de 1840, M. Duvergier et l'auteur de cette notice s'adjoignirent à Fœlix, dans le but d'élargir le cercle des matières de la *Revue*, en y ajoutant une partie française dont ils eurent la direction, le fondateur conservant le soin de la partie étrangère. La nouvelle publication (devenue la *Revue étrangère et française de Législation, de Jurisprudence et d'Economie politique*) subsista, comme nous l'avons dit plus haut, jusqu'à la fin de 1850 [1]. C'est pendant cette longue collaboration que les nouveaux directeurs furent bien à même d'apprécier les excellentes qualités de Fœlix, sa bonté, son désintéressement, son attachement à ses amis, non moins que sa haute capacité et son dévouement à la science. Ni la maladie cruelle qui depuis plusieurs années avait emprisonné sa vigoureuse intelligence dans un corps paralysé, ni la cessation forcée de la *Revue* et des travaux faits en commun, n'altérèrent l'amitié qui unissait Fœlix à ses deux anciens collaborateurs ; et, à son lit de mort, il demandait encore l'auteur de cette notice, alors absent de Paris, et qui n'a pu s'acquitter auprès de lui d'un dernier et douloureux devoir.

Fœlix est mort, le 26 mai 1853, dans les sentiments religieux qu'il avait d'ailleurs toujours eus et manifestés. Il a laissé une fille, très-jeune encore, et une veuve admirable de dévouement. Sans cesse attentive près de lui, elle le servait nuit et jour dans ses souffrances, écrivant sous sa dictée dès qu'il pouvait reprendre son travail, et lui faisant même dans ses livres les recherches et les extraits dont il avait besoin.

Fœlix était membre correspondant des Académies royales de Munich, de Naples et de Turin, ainsi que de la société formée à Londres pour la réforme de la législation. La Faculté de droit de Fribourg en Brisgau lui avait envoyé, en 1838, un diplôme de docteur en droit. En 1850, il avait reçu la décoration de la Légion d'Honneur, sur la proposition de M. de Parieu, ministre de l'instruction publique, bon juge en matière de connaissances ju-

[1] En 1844, dix volumes ayant déjà paru, la nouvelle série prit le nom de *Revue de Droit français et étranger*. Depuis 1847, MM. Bergson, Laferrière et Bonnier ont été adjoints à la direction.

Digitized by Google

ridiques, et qui avait lui-même publié dans la *Revue* un travail étendu et fort remarquable sur le *droit de possession*.

Il serait bien à désirer que le gouvernement pût faire l'acquisition, en tout ou en partie, de la vaste bibliothèque de Fœlix, collection très-précieuse, surtout en livres de droit étranger, et qui ne se placera que difficilement entre les mains des particuliers.

A. VALETTE,

Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

CHRONIQUE.

M. le Ministre de l'Instruction publique a voulu que les séances de rentrée de toutes les Facultés fussent présidées, cette année, par les inspecteurs généraux de l'enseignement supérieur. M. Laferrière, notre collaborateur, a été chargé de remplir cette mission à Rennes et à Poitiers.

Nous extrayons du discours prononcé, à cette occasion, par M. Laferrière, devant la faculté de Poitiers, la partie relative à l'alliance des études littéraires et juridiques.

Voici comment s'exprimait, à cet égard, M. l'Inspecteur général :

L'instruction secondaire et ses résultats, si importants à l'avenir du pays, n'ont pas seuls fixé la sollicitude du gouvernement. Les réformes ou les améliorations se sont étendues à l'enseignement supérieur ; elles ont embrassé les facultés des lettres et les facultés de droit, et celles qui concernent les facultés des lettres pour l'objet et la triennalité des cours ont été arrêtées principalement en vue des *étudiants en droit*.

Pourquoi cela, Messieurs? Permettez-moi de répondre à la question; elle est digne de votre intérêt dans une cité qui se glorifie à juste titre de sa faculté de droit, ancienne et nouvelle.

Le génie de la France, comme le génie romain, s'est formé sous l'inspiration et la discipline de la science du droit. La guerre et la jurisprudence furent les deux puissants leviers de la grandeur romaine. Mais Rome n'a pas vécu seulement d'elle-même ; elle s'est assimilée la littérature et la philosophie de la Grèce, comme elle incorporait en elle les peuples du Latium et de l'Italie. Toutefois, en s'enrichissant des trésors intellectuels de la Grèce, elle conservait ce caractère sévère, ce génie pratique qui a toujours distingué Rome d'Athènes, la *république* de Cicéron qui contient

Digitized by Google

les principes immuables du droit politique et civil, de la *république* rêveuse et communiste de PLATON. Rome a fait servir les lettres et la philosophie grecques à la science du droit, et Rome, la première dans le monde, a eu des JURISCONSULTES.

L'esprit et la civilisation de la France attestent l'empire de trois puissances morales : la religion chrétienne, les lettres de l'antiquité grecque et latine et le droit. La France du moyen âge, qui a porté dans son sein la France moderne, l'a mise au monde couronnée de ces trois rayons d'avenir. Le génie grec et le génie romain ont initié l'esprit français aux lettres et aux arts ; mais la France, en se développant, a retrouvé surtout ses affinités avec le génie romain ; elle en a reçu la profonde empreinte, et, pour le DROIT, la FRANCE a continué Rome. Nos légistes du moyen âge, en luttant contre les coutumes féodales, ont versé le droit romain et l'amour des lettres latines dans nos mœurs, dans notre vie, dans notre langue : ils ont suscité par le goût des fortes études la classe laborieuse des érudits qui ont mis à découvert les richesses encore cachées de l'antiquité grecque et romaine ; ils ont préparé l'école des JURISCONSULTES et des MAGISTRATS du XVIe siècle, école à la fois romaine et française qui est resté si grande dans l'histoire, parce qu'elle avait été préparée et comme enfantée par les longs efforts de la RENAISSANCE ; école immortelle qui a brillé du plus vif eclat et qui nous éblouit encore à plus de deux siècles de distance, parce que le droit et les lettres étaient cultivés avec la même ardeur, avec la même passion du bien et du beau, souvent par les mêmes hommes. CUJAS, qui la représente dans toute sa gloire, se serait autant réjoui de la découverte de QUINTILIEN, par Pithou, son disciple, que de ses propres découvertes de nouveaux livres du Code Théodosien ou des Basiliques.

C'est, Messieurs, cette école à la fois juridique et littéraire du XVIe siècle qui a décidé du génie de la France moderne. La gloire littéraire du XVIIe siècle obscurcit quelquefois par son éclat même les autres lumières du règne de Louis XIV, mais, certes, les érudits et les jurisconsultes, les MABILLON et les DU CANGE, les DOMAT et les DE LAURIÈRE représentaient dignement les savantes traditions du XVIe siècle, à côté des poëtes et des orateurs qui renouvelaient le siècle d'Auguste. Les érudits recueillaient tous les documents, tous les souvenirs du droit national, en même temps que l'ami de PASCAL élevait ce beau monument de jurisprudence dont la philosophie du droit a construit l'admirable

Digitized by Google

portique. Les lois civiles de DOMAT présentent la plus belle union de la philosophie chrétienne, du droit romain et des lettres.

Cette tradition ne s'est pas perdue au XVIIIe siècle; d'Aguesseau en a transmis l'héritage d'une époque à l'autre. Pothier a résumé dans toute sa grandeur l'école romaine et l'école française, et les parlements, et le barreau si noblement uni à la magistrature, nourrissaient de grands talents, de grandes âmes formées à l'école des Cujas et des Dumoulin, des Domat et des d'Aguesseau.

C'est, Messieurs, cette tradition vraiment *nationale*, cette école glorifiée par l'alliance des lettres et du droit, que l'UNIVERSITÉ contemple avec orgueil dans le passé, et dont elle veut ressaisir l'esprit généreux, savant et littéraire, par l'enseignement réuni des lettres et du droit.

Les hommes du XIXe siècle qui ont pris la plus grande part au Code Napoléon en réalisant les vues d'uniformité des anciens jurisconsultes, avaient, à l'exemple de leurs devanciers, uni et confondu les études littéraires, historiques, philosophiques avec les études spéciales du publiciste et du jurisconsulte. Portalis, dans sa jeunesse, avait entrepris la réfutation de l'*Émile* de Rousseau, et dans son exil, à 50 ans, il se préparait encore, à son insu et pour le seul amour des lettres, à la plus belle mission du jurisconsulte et du législateur par son livre sur l'*usage et l'abus de l'esprit philosophique*. Il y réunissait toutes les grandes vérités de morale, de philosophie, de religion, de législation d'un disciple de Montesquieu, éclairé par l'expérience d'une révolution politique et sociale. Aussi s'est-il trouvé prêt quand l'homme de génie, appelé à réorganiser la France, lui a donné mission de jeter les nouvelles bases du DROIT PUBLIC ECCLÉSIASTIQUE et du DROIT CIVIL FRANÇAIS. Les trésors étaient amassés d'avance; il n'avait plus qu'à les répandre.

Voilà le modèle que la jeunesse française de nos écoles devrait avoir sans cesse sous les yeux. C'est ainsi que PORTALIS, continué jusqu'à nos jours par le digne héritier de son nom; c'est ainsi que les HENRION DE PANSEY, les DE SÈZE, dont j'aime à rappeler dans cette enceinte le nom respecté; les MERLIN, les DUPIN, les TOULLIER, les BONCENNE recommandent éloquemment par leur exemple l'alliance des études juridiques et littéraires...

Je me laisse entraîner par le sujet, avec trop d'expansion peut-être; mais pardonnez-moi, Messieurs, de saisir cette occasion solennelle de dire ma pensée, en exposant les vues de l'adminis-

Digitized by Google

tration. Je la place, cette pensée, sous l'auguste protection de la MAGISTRATURE, qui donne à l'Université l'insigne honneur de siéger dans le temple de la justice, et de tenir une fois, elle aussi, ses *grands jours* à Poitiers.

L'Université, par l'institution de nouveaux cours dans les facultés de droit, s'est proposé de relever et d'agrandir l'étude des lois romaines. Ce n'est pas seulement, Messieurs, parce que le droit romain est le fondement de la science du droit et la base principale de notre législation civile [1]; ce n'est pas seulement parce que l'étude du droit romain éclaire celle du droit français, et que dans le développement des principes du droit romain, *la loi française*, comme l'a dit Portalis, *est reconnue l'œuvre et le produit de la raison :* c'est, j'ose le dire, par une vue d'enseignement, supérieure encore à ces graves considérations.

Il est, Messieurs, quelque chose de plus grand que la science elle-même, c'est la méthode ; c'est l'ESPRIT SCIENTIFIQUE, qui domine la science et lui imprime une haute impulsion.

Le rappel à l'étude des jurisconsultes romains est le retour à leur profonde méthode, à l'HISTOIRE, à la PHILOSOPHIE DU DROIT. L'*Histoire du droit*, elle est représentée dans son vrai type d'antiquité par les *Institutes* de Gaïus, de ce jurisconsulte historien qui, comme je l'ai dit ailleurs, jette une égale lumière sur l'ancien droit civil de Rome et sur le droit romain de la Grande Epoque. La *philosophie du droit*, elle est représentée par ces jurisconsultes, Ulpien, Paul, Papinien, formés à l'école stoïcienne, qui rectifiaient ou élargissaient les institutions de la société civile par les principes puisés dans la raison et la nature des choses.

Eh bien ! Messieurs, c'est là le résultat que nous devons espérer des nouvelles dispositions : leur but le plus important est de donner dans nos écoles une plus haute impulsion à l'étude des textes et à la *science juridique* par *l'histoire et la philosophie du droit.*

Nous sommes dominés maintenant par un esprit de pratique et d'utilité *immédiate* qui envahit tout et qui pèse sur la jeunesse avant le temps. A chaque saison ses fruits : l'école de droit n'est point le palais ; elle doit préparer des hommes dignes pour la magistrature et le barreau, non en donnant des grades à des

[1] Termes du *rapport* présenté au conseil impérial au nom de la commission. (M. *Laferrière*, rapporteur.)

Digitized by Google

praticiens tout faits, mais en recevant des licenciés et des docteurs qui ont aimé et sauront aimer encore la science pour elle-même, qui ont nourri leur esprit de la connaissance des textes, mais aussi des grands principes du droit public et privé, des fortes considérations de la philosophie et de l'histoire, qui ont épuré et fécondé leur imagination par l'amour du beau moral, et préparé les ressources d'une élocution riche, noble, élégante, ou même les trésors plus rares d'une éloquence vraie, par les inspirations que l'étude des chefs-d'œuvre de la littérature ancienne et moderne dépose dans les esprits et les cœurs. Il est possible, Messieurs, que ces jeunes hommes, tels que nous les attendons, marchent d'abord dans la pratique des affaires d'un pas peu assuré ; mais soyez sans inquiétude, le sens pratique est trop naturel à l'esprit français pour qu'il se fasse longtemps désirer. La pratique sera d'autant plus sûre qu'elle sera mieux éclairée par la science ; et l'alliance de la pratique et de la théorie, caractère dominant des œuvres et des jurisconsultes romains et de nos anciens jurisconsultes français, deviendra bientôt aussi le caractère distinctif du jurisconsulte, de l'avocat, du magistrat de nos jours.

Telle est, Messieurs, la raison supérieure, l'*ultima ratio*, de la réforme apportée à l'enseignement du droit romain et de l'union que l'on veut établir et cimenter entre les études juridiques et les études littéraires. Il faut élever l'instruction juridique en France ; il faut que nos étudiants comprennent aussi bien le *chapitre préliminaire de l'esprit des lois* de Montesquieu, que le *chapitre préliminaire* du Code Napoléon.

ERRATUM.

Au tome précédent, il s'est glissé dans l'article de nécrologie donné par M. Bergson, plusieurs fautes typographiques dont une surtout doit être rectifiée.

A la page 1034, ligne 30, au lieu de : les lois de *cinquante-trois* pays différents, lisez : les lois de *quarante-trois* pays différents.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rendus en matière criminelle pendant 1853.

DE L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE.

SOMMAIRE.

1. Division de la Jurisprudence sur les principes de l'interprétation en matière pénale.
2. Quel était ce principe dans la législation romaine, et dans notre ancienne législation?
3. Nouveau principe d'interprétation introduit par l'école philosophique, et réaction contre ce principe.
4. S'il y a lieu d'appliquer à la loi pénale l'interprétation littérale et l'interprétation doctrinale.
5. L'interprétation en matière pénale ne doit être, ni restrictive, ni extensive; elle doit être simplement déclarative.
6. Application de cette règle par la jurisprudence : arrêts qui rejettent l'interprétation restrictive.
7. Arrêts qui rejettent l'interprétation extensive.
8. Arrêts qui consacrent l'interprétation purement déclarative.

I. En examinant les arrêts qui ont été rendus en matière criminelle dans le cours de l'année 1853, on est surpris du nombre des causes qui ont pour objet l'application du principe de l'interprétation de la loi pénale. Il est évident que ce principe n'a pas le même sens, ne se formule pas dans les mêmes termes devant toutes les juridictions; la jurisprudence est divisée sur ce point; deux doctrines opposées sont en présence : l'une, qui prétend renfermer la loi pénale strictement dans ses textes, l'autre qui veut les étendre ou les suppléer par voie d'interprétation.

Cette querelle n'est point un fait nouveau ; elle remonte à des temps éloignés ; elle ne fait que continuer l'une des discussions qui divisaient, au IIe siècle, l'école des Proculeïens et celle des Sabiniens : les premiers, se rattachant, sur ce point, à une doctrine ancienne, n'admettaient d'autre interprétation que l'inter-

Bayerische Staatsbibliothek München
Digitized by Google

prétation grammaticale; les autres, dominés par l'idée de l'équité, et plaçant la raison de la loi au-dessus de ses textes, introduisaient dans la jurisprudence le principe de l'interprétation logique [1].

Ce nouveau principe fut-il appliqué en matière pénale? Les commentateurs des lois romaines sont divisés sur ce point, mais nous pensons avec M. Thibaut [2], qu'il ne peut exister aucun doute sur cette application. On peut, à la vérité, invoquer quelques textes qui semblent se référer à l'interprétation grammaticale. Paul posait la règle suivante si souvent répétée : *In pœnalibus causis benignius interpretandum est* [3]; Hermogenien la reproduisait en d'autres termes : *in interpretatione legum, pœnæ molliendæ sunt potius quam asperandæ* [4], et Ulpien enseignait également que *in ambiguis rebus, humaniorem sententiam sequi oportet* [5], et il ajoutait encore : *Si utriusque legis crimina objecta sunt mitior lex erit sequenda* [6]. On pourrait multiplier ces citations; mais en regardant de près tous ces textes, on reconnaît qu'ils ont plutôt pour objet l'application de la peine que l'interprétation de la loi, et l'on peut ajouter que s'ils prescrivent, dans les cas douteux, les sentences les plus favorables, et, dans le concours des deux lois, la loi la plus douce, ces décisions respirent plutôt le sentiment de l'humanité qui commençait à pénétrer dans la philosophie, que le respect du droit que peuvent invoquer tous les prévenus de ne pas être frappés par une loi obscure ou ambiguë dont ils n'ont pu découvrir la volonté.

On trouve, d'ailleurs, dans les lois du Digeste de nombreux exemples d'une interprétation logique. La loi *de jurisdictione* punit celui qui altère les termes de l'*album* exposé aux regards du peuple; la question s'élève de savoir si l'altération commise avant l'exposition rentre dans le texte de la loi. Pomponius répond affirmativement : *Quòd si dùm proponitur, vel antè propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabant, Pomponius autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad hæc* [7]. Ulpien dé-

[1] *Walch in Eckart*, Hermanent, *Juris.*, p. 18.
[2] Théorie de l'interprétation des lois, § 21.
[3] L. 155, § 1, *Dig. de regulis juris.*
[4] L. 42, *Dig. de pœnis.*
[5] L. 10, § 1, *Dig. de rebus dubiis.*
[6] L. 32, *Dig. de pœnis.*
[7] L. 7, § 3, *Dig. de jurisdictione.*

Digitized by Google

clare que la la loi qui punit l'attentat aux mœurs doit être étendue à celui qui a provoqué cet attentat; *hæc verba legis: « Ne quis potebat stuprum adulterium facito sciens dolo malo, » et ad eum qui suasit et ad eum qui stuprum vel adulterium intulit, pertinent* [1]. Marcien décide que la loi *pompeia de parricidiis* s'applique à celui qui a tué sa belle-mère quoiqu'elle ne soit pas comprise dans les termes de la loi: *Sed et novercæ, et sponsæ personæ omissæ sunt: sententia tamen legis continentur* [2]. Papinien enseigne que le droit de tuer l'adultère doit emporter celui de l'outrager: *Qui occidere potest adulterium, multo magis coutumelia poterit jure adficere* [3]. Enfin Ulpien écrit que ces mots *incontinenti filiam occidat* admettent un intervalle de plusieurs heures; *quòd si non affectavit, sed dùm adulterùm occidit, profugit filia, et interpositis horis adprehensa est à patre qui persequabatur, incontinenti videbatur occidi* [4].

Il semble résulter de ces textes que l'interprétation logique de la loi pénale était usitée dans la jurisprudence romaine; les jurisconsultes ne faisaient à cet égard aucune distinction entre les lois criminelles et les lois civiles, et le principe posé par Julien s'appliquait aux unes et aux autres: *neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt ut omnes casus qui quandòque inciderint comprehendantur: sed sufficit et ea plerumque accidunt contineri* [5]. Il était donc permis de suppléer par l'interprétation au silence de la loi: *interpretatione statuendum est* [6].

II. Cette doctrine de la loi romaine était passée tout entière dans l'ancienne jurisprudence. Lorsque le doute des juges portait sur les faits eux-mêmes, ils invoquaient les maximes du Digeste. « La règle, dit Jousse, est que dans les faits douteux, il faut toujours incliner du côté le plus doux: *in dubiis enim benigniora præferenda sunt.* Plus les crimes sont graves, plus ils sont éloignés de l'idée de l'humanité, ainsi on doit d'autant moins les présumer, et par conséquent il est plus nécessaire d'avoir des preuves évidentes contre ceux qui en sont accusés [7]. »

[1] L. 12, *Dig. de adulteriis.*
[2] L. 3, *Dig. de leg. pompeia de parricidiis.*
[3] L. 22, § 3. *Dig. de adulteriis.*
[4] L. 23, § 4, *Dig. eod. tit.*
[5] L. 10, *Dig. de legibus.*
[6] L. 11, 12, 13 et 14, *Dig. eod. tit.*
[7] T. II, p. 640, *et Carpzovias*, quest. 133, n° 26.

Digitized by Google

Mais lorsque le doute se trouvait dans les termes mêmes de la loi, ils y suppléaient sans scrupule. Carpsovias pose cette faculté comme une règle commune : *in ore omnium ferè est quod quando pœnæ neque legibus, neque ex statuto aut consuetudine aliquâ certo definitæ sunt arbitraria debeat esse animadversio*[1]. On trouve dans les anciens arrêtistes un grand nombre d'arrêts qui prononcent des peines dans des cas où les ordonnances étaient entièrement muettes. C'est ainsi qu'un arrêt de la Tournelle, du 22 juin 1673, confirmait une sentence du Chatelet par laquelle un prêtre, convaincu d'inceste spirituel, était condamné à être pendu et brûlé; aucune loi, aucune ordonnance n'avait prévu l'inceste spirituel, mais la règle était que les juges appelés à prononcer sur un crime non prévu par la loi, devaient appliquer la peine du crime qui avait le plus d'analogie avec le fait incriminé [2]. Or, si les juges pouvaient suppléer à la loi, comment, dans des cas douteux, n'avaient-ils pas étendu ses termes? Comment, réunissant, en quelque sorte, les pouvoirs du législateur et du juge, auraient-ils été arrêtés par la témérité d'une interprétation?

La règle doctrinale de cette époque était que la loi pénale devait être étendue même au delà de ses termes pour empêcher l'impunité des délits. Menochius déclarait que lorsqu'il s'agit de punir un crime, la loi doit être prise dans un sens large : *Cùm agitur de delicto puniendo, lata interpretatio sumi debet* [3]. Farinacius ajoute que l'interprétation restrictive ne doit jamais s'appliquer au cas où la loi punit en général la classe d'infraction dans laquelle peut rentrer le fait incriminé : *Illa regula non procedit in his quæ sunt de genere prohibitorum nàm tunc semper præsumitur dolus et delictum* [4]. Forsterus n'hésite pas à admettre l'extension de la loi pénale, toutes les fois qu'il y a lieu de craindre qu'un crime ne demeure impuni [5]. Enfin, Bacon lui-même, après avoir posé le principe : *Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines*, ajoute : *quod si crimen vetus fuerit, et legibus nutum, sed prosecutio ejus indicat in casum novum à legibus non provisum, omnino recedatur à placitis*

[1] Part. III, quest. 133. n° 13; *Menochius*, quest. 86, n° 8.

[2] *Anc. Journal du palais*, t. II, p. 970; Brillon, t. II, p. 324; Papon, liv. IV, t. X, n°s 2 et 3; Despeisses, part. I, tit. 12, sect. 2.

[3] Quest. 69, n° 24.

[4] *Consilia. cons.* 25, n° 14.

[5] *Inscript., lib.* II, *cap.* II, § 4.

Digitized by Google

juris, *potiùs quam delicta maneant impunita* [1]. On retrouve les mêmes doctrines dans la plupart des anciens légistes [2].

III. — C'est en présence de ce désordre de la pénalité, de cette puissance exorbitante du juge, de l'étendre arbitrairement à des faits non prévus par les lois, que Montesquieu soit découragement, soit opposition secrète à la forme monarchique, posa cette célèbre distinction : « Dans les états monarchiques, là où la loi est précise, le juge la suit, là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie [3]. »

Beccaria n'a fait, comme il le dit lui-même [4], que suivre la trace lumineuse de l'auteur de l'*Esprit des Lois*, lorsqu'il a formulé la règle que les juges des crimes ne peuvent avoir le droit d'interpréter les lois pénales, par la raison qu'ils ne sont pas législateurs [5]. Il est nécessaire de connaître le court développement qu'il donne à cette règle : « Dans le jugement de tout délit, le juge doit agir d'après un raisonnement parfait. La première proposition est la loi générale; la seconde exprime l'action conforme ou contraire à la loi; la conséquence est l'absolution ou le châtiment de l'accusé. Si le juge est contraint de faire un raisonnement de plus, ou s'il le fait de son chef, tout devient incertitude ou obscurité. Rien n'est plus dangereux que l'axiome commun qu'il faut consulter l'esprit de la loi. Adopter cet axiome, c'est rompre toutes les digues et abandonner les lois au torrent des opinions. Cette vérité me paraît démontrée, quoiqu'elle semble un paradoxe à ces esprits vulgaires qui se frappent plus fortement d'un petit désordre actuel que des suites éloignées, mais mille fois plus funestes, d'un seul principe faux établi chez une nation. Ainsi, nous verrions le sort d'un citoyen changer de face, en passant à un autre tribunal, et la vie des malheureux serait à la merci d'un faux raisonnement ou de la mauvaise humeur de son juge. Nous verrions le magistrat interpréter rapidement les lois, d'après les idées vagues et confuses qui se présenteraient à son esprit. Nous

[1] *Aph.* 13.
[2] Serpillon, t. II, p. 1070 ; *de Federicis et inscript. leg.*, n° 123.
[3] *Esprit des lois*, liv. VI, ch. III.
[4] *Des délits et des peines*, ch. I.
[5] *Ibid.*, ch. IV.

Digitized by Google

verrions les mêmes délits punis différemment, en différents temps, par le même tribunal, parce qu'au lieu d'écouter la voix constante et invariable des lois, il se livrerait à l'instabilité trompeuse des interprétations arbitraires. Ces désordres funestes peuvent-ils être mis en parallèle avec les inconvénients momentanés que produit quelquefois l'observation littérale des lois[1]? »

Cette théorie nouvelle de l'interprétation de la loi pénale fut accueillie avec faveur ; il serait inutile de mentionner ici tous les légistes qui l'ont reproduite, en l'approuvant. Mais, de même qu'elle avait été une sorte de réaction contre le système de l'interprétation arbitraire, qui suppléait à toutes les lacunes de la loi, elle a provoqué elle-même, par les termes trop absolus dans lesquels elle était formulée, une réaction contraire.

M. Thibaut, professeur à Heidelberg, dans sa *Théorie de l'interprétation des lois*, n'hésite pas à la combattre. A ses yeux, l'interprétation logique, qui se fonde soit sur le motif de la loi, soit sur l'intention déclarée ou présumée du législateur, s'applique aussi bien aux lois pénales qu'aux lois civiles. Il n'aperçoit aucune différence entre les droits qui résultent des uns et des autres ; il dénie le droit particulier que la philosophie moderne a voulu placer dans l'application de chaque loi pénale ; il se refère aux jurisconsultes romains qui étendaient les dispositions pénales des cas prévus aux cas non prévus, lorsque la raison d'application était la même. Sans doute, le juge ne doit point lutter contre un texte clair; mais il doit s'animer de l'esprit du législateur, se pénétrer des motifs qui ont dicté ce texte et ne point hésiter à l'exécuter, toutes les fois que l'interprétation logique le conduit à cette extension [2].

M. Mailher de Chassat, qui a suivi les distinctions déjà posées par quelques légistes [3], n'adopte pas une doctrine aussi absolue. Il établit, d'abord en principe que la loi pénale n'est pas susceptible d'extension ; car elle doit être assimilée aux lois dérogatoires qui sont resserrées dans leurs termes. Mais il se hâte de donner à ce principe de nombreuses exceptions. 1° Lorsque le cas non prévu est conforme en tous points au cas prévu; 2° lorsqu'il s'agit d'empêcher qu'une loi ne soit illusoire ; 3° lorsque la matière, soumise au juge, est égale aux yeux de la loi ou assi-

[1] *Des délits et des peines*, ch. IV.
[2] *Théorie de l'interprétation des lois*, § 21.
[3] Everhard *in sap. leg.* I. 71 ; Forsterus, *Interp. lib.* II, *cap.* II, § 4.

Digitized by Google

milée par elle à la matière qui fait l'objet de ses dispositions; 4° lorsqu'il s'agit de réprimer des crimes et délits contraires à l'équité naturelle. « L'art. 4 du Code pénal, dit M. Mailher de Chassat, signifie qu'on ne peut pas appliquer le Code pénal à des cas non prévus par lui; disposition fondée sur ce principe que la loi permet ce qu'elle ne défend pas. Mais il ne résulte pas de là qu'on ne puisse pas donner extension à la loi pénale, en ce sens que tout ce qui est autorisé par le raisonnement, par la légitime interprétation des mots, enfin par la volonté même de la loi, explicitement ou implicitement renfermée dans son énoncé, ne doive être exactement observé. C'est dans ce même sens que je crois fondées les diverses espèces d'extensions que je viens d'établir [1]. »

Tels sont les divers systèmes qui divisent encore la science de l'interprétation, l'herméneutique du droit. Il faut essayer de les apprécier.

IV. Il faut d'abord dégager la matière de l'axiome posé par Montesquieu. Il n'est pas exact de dire d'une manière absolue que le principe de l'interprétation doit changer avec la forme des gouvernements. On peut admettre sans doute l'influence indirecte et médiate de la forme politique sur l'application des lois; on peut admettre que la loi pénale particulièrement soit appliquée avec une étude plus scrupuleuse de ses textes, avec une sollicitude plus inquiète des droits qu'elle peut léser, là où la liberté civile trouve de plus efficaces garanties, où les priviléges de la cité sont l'objet d'une plus vigilante protection. Mais ces garanties légales sont-elles inhérentes à une seule forme de gouvernement? ne peuvent-elles se concilier avec les systèmes mixtes qui constituent la plupart des États modernes? faut-il concéder que les principes qui régissent la liberté civile et qui formulent les lois de la procédure criminelle, doivent se modifier à mesure que la constitution de chaque pays se modifiera et que les limites de la liberté politique changeront de place? Ces principes ne doivent-ils pas être considérés comme étant placés en dehors des mouvements politiques et comme définitivement acquis à la législation civile? Ensuite l'interprétation de la loi appartient à la jurisprudence, et la jurisprudence, comme toutes les sciences, a ses règles immuables, ses maximes qui préexistent aux lois et

[1] *Théorie de l'interprétation des lois*, p. 172.

Digitized by Google

qui les dominent successivement à mesure qu'elles interviennent. Ces maximes, puisées dans la nature des choses, résultats de l'expérience de la raison humaine, ne changent pas quand les systèmes du gouvernement se modifient; elles ne sont pas la conséquence d'un système, elles appartiennent à tous les temps; c'est la science du droit qui les a formulées.

Cela dit, nous arrivons à cette seconde assertion de Montesquieu que « dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. » Nous n'hésitons pas à penser que l'interprétation littérale, rigoureusement entendue, conduit à des conséquences inadmissibles. Comment soutenir, en effet, que la loi pénale doit être minutieusement circonscrite de manière que chacun de ses termes soit pris dans son sens le plus rigoureux et le plus absolu? Comment admettre qu'il faille chercher dans un texte, non son sens réel, mais le sens illogique qu'une locution vicieuse ou sa construction grammaticale lui imposera? Comment, enfin, subordonner l'application générale des règles légales, quand elles sont clairement écrites, à la condition impossible qu'aucune phrase, aucun mot, ne pourront soulever quelque objection, quelque difficulté même? Le langage des sciences morales est encore imparfait, et la rédaction de la loi pénale, par cela seul qu'elle tend à généraliser ses formules, manque de précision. Faut-il s'arrêter à chaque membre de ses textes sous le prétexte qu'une expression est vague, équivoque, susceptible de plusieurs significations? faut-il attendre, à chaque obscurité grammaticale de la loi, que le législateur l'ait résolue?

Parcourons quelques hypothèses. Un individu commet le vol d'un *cheval;* est-il compris dans les termes de l'article 388, Code pénal, qui ne punit que le vol de *chevaux?* La lettre de la loi veut plusieurs chevaux, et il a fallu qu'un arrêt de la Cour de cassation vint déclarer « que l'article 388 a compris nécessairement dans sa disposition le cas où le vol n'aurait pour objet qu'un seul cheval. » Le même article, en punissant le vol commis dans les *champs*, laisse ce dernier mot sans définition ; faut-il le restreindre aux terres labourables? La jurisprudence a décidé qu'il faut comprendre sous cette expression, non-seulement les champs cultivés, mais les bois, les pâturages et autres propriétés de même nature. La loi, en portant des peines contre le vol de *récoltes* n'a-t-elle voulu punir que le vol de *toute la récolte* d'un

Digitized by Google

champ, d'une pièce de terre? Non; il est évident que ce mot collectif ne signifie pas seulement toute une récolte, mais une partie quelconque de cette récolte. L'article 390, Code pénal, définit la *maison habitée* tout bâtiment, logement, loge, cabane destinée à l'habitation; un bateau, dans lequel loge le conducteur, doit-il rentrer dans ces termes? L'interprétation littérale écarterait une telle application; mais la jurisprudence a décidé que les bateaux, pouvant servir d'habitation, sont nécessairement compris dans les termes de la loi.

Dans ces différentes hypothèses la jurisprudence, si elle se fût conformée à la lettre de la loi, si elle eût répudié toute espèce d'interprétation, eût été amenée à proclamer à chaque pas les lacunes les plus déplorables dans la législation pénale. Ainsi comprise l'application de cette législation ne serait plus qu'une opération mathématique qui consisterait à mesurer exactement le fait défini avec les termes de la définition, le droit pénal cesserait d'être une science pour n'être plus qu'un tarif de pénalités et une nomenclature de faits punissables. La loi pénale, comme toutes les lois, a des principes généraux, un ensemble de dispositions qui se coordonnent entre elles, des textes qui s'animent et se meuvent au souffle des règles qu'ils appliquent; elle est l'œuvre systématique d'une théorie générale, l'application d'une doctrine qui la domine toute entière. Il est évident qu'elle ne peut vivre que par le travail d'une incessante interprétation qui rapproche et coordonne ses termes, qui explique ses locutions obscures, qui dégage ses règles générales et assure leur autorité. Toute la difficulté est de savoir quelle doit être cette interprétation, quelles sont ses règles et ses limites.

M. Thibaut pense qu'il faut appliquer à l'interprétation de la loi pénale les règles qui servent à l'interprétation de la loi civile. Il nous paraît difficile d'assimiler des matières aussi distinctes, et c'est ici où nous commençons à nous écarter de la doctrine de ce savant juriste.

La loi civile, qui se borne à régler les rapports des citoyens entre eux, trouve un complément naturel dans l'équité d'abord et ensuite dans l'usage. Dans les cas où elle est muette ou obscure, le juge a donc, aussi bien que dans ceux où elle est claire et précise, le devoir de prononcer; il trouve les éléments de sa décision dans les principes du droit civil, dans l'analogie des matières, dans la similitude des cas prévus aux cas non prévus,

Digitized by Google

enfin dans l'esprit d'équité qui domine toute la loi. Ces inductions tirées des textes, cette application nouvelle des règles générales ne portent aucun préjudice aux intérêts qui sont en litige, car ces intérêts n'ont point à se prévaloir de la lacune de la loi, il n'en résulte pour eux aucun droit, aucun avantage ; ils ne peuvent prétendre qu'à être justement réglés, et il leur importe peu que la base de la décision qui les concerne soit puisée dans l'esprit ou dans le texte de la loi, dans l'application directe ou indirecte de ses dispositions.

Il n'en est point ainsi en matière pénale. Toute loi pénale est composée de prohibitions et de préceptes : le législateur au lieu de se borner à apprécier les rapports des citoyens entre eux, prévoit leurs rapports avec la société, avec l'Etat; il apprécie leurs actes; il définit ceux qu'il considère comme illicites et dangereux; il les défend et les punit. Or, n'est-il pas de la nature de toute défense de se renfermer strictement dans ses termes? Est-ce que, à la limite où elle expire, il n'y a pas un droit qui commence? Il importe peu que l'acte commis sur cette limite participe sous quelque rapport de l'acte prohibé; il n'est pas défendu de se placer hors des termes précis de la prohibition en évitant cette circonstance constitutive du délit : *Non omne quod licet honestum est, licet tamen.* Tout acte qui n'est pas formellement interdit est nécessairement permis. Là où s'arrêtent la sollicitude et la prévoyance de la loi, il y a lieu de présumer que là s'arrête le péril social, et qu'en exagérant par zèle la portée de la défense on tomberait dans un autre péril. La loi pénale ne punit pas tous les faits immoraux; elle ne frappe que ceux qui peuvent causer un trouble social, ou constituer une atteinte grave à la sécurité publique. En allant plus loin, en incriminant l'immoralité dans tous les actes où elle se révèle, elle jetterait la perturbation dans la société, au lieu de la servir, car elle paralyserait toutes les transactions civiles et toutes les relations sociales.

Ensuite, ce n'est pas seulement à raison de son caractère prohibitif, à raison de sa compétence exclusive pour poser la limite de l'utilité sociale de la peine, que la loi pénale ne peut être étendue au-delà de ses termes, c'est encore parce qu'elle crée des devoirs et des obligations : chacun de ses préceptes est une règle de conduite pour les citoyens; ils y trouvent la distinction des actes licites et de ceux qui ne le sont pas; ils sont te-

Digitized by Google

nus de conformer leurs actions à ses dispositions. Or, cette obligation ne suppose-t-elle pas un texte clair et précis? Comment seraient-ils liés par une prohibition qui ne les atteindrait pas nettement? Comment seraient-ils tenus de s'abstenir d'un acte qui ne serait ni défini, ni explicitement désigné? Comment seraient-ils punis à raison d'un fait qu'ils ont pu croire légitime? Il ne faut pas confondre les devoirs qui dérivent de la conscience et ceux qui dérivent de la loi : ceux-ci ayant pour unique fondement la loi elle-même, sont étroitement renfermés dans les termes qui les établissent; en dehors de ces termes, ils n'ont plus d'appui, ils n'existent pas.

Il est donc impossible de suppléer à la loi pénale comme à la loi civile, à l'aide de l'équité et de l'usage, à l'aide des analogies et des inductions. Ici, tout est de droit strict : la prohibition existe ou n'existe pas, l'acte est défendu ou ne l'est pas; si la loi est muette ou ambiguë, comment suppléer à son texte à l'aide de l'équité? Est-ce que l'équité peut créer les devoirs rigoureux que la loi pénale impose? Est-ce que la loi naturelle peut être invoquée pour compléter la loi positive, quand il s'agit d'apprécier les actes que la société civile a intérêt de punir? Comment, en second lieu, y suppléer par l'usage? Est-ce qu'il serait possible de prendre pour base d'une pénalité un usage local et restreint? Comment, enfin, y suppléer par les analogies et les inductions de textes? Si les citoyens ont l'obligation de connaître la loi, ont-ils l'obligation de l'étudier comme des légistes? sont-ils tenus d'en commenter les termes, d'en comparer les dispositions diverses, d'en rechercher péniblement l'esprit, pour découvrir la règle de leurs actions? Toute interprétation qui n'est pas claire aux yeux de tous, doit être rejetée; car, en matière pénale, ce n'est pas le juge qui doit interpréter, c'est le citoyen lui-même, puisque c'est sur les textes de la loi qu'il doit régler ses actes. Si la loi contient une lacune, comment serait-il coupable de n'y avoir pas vu ce qui n'y était pas? Et en admettant que cette lacune puisse être comblée par une analogie, comment serait-il coupable de n'avoir pas saisi ce moyen scientifique d'interprétation de la loi?

V. L'interprétation, circonscrite dans la teneur des textes qu'elle a pour mission d'expliquer, se divise en trois espèces : elle est déclarative, extensive ou restrictive : *omnis interpretatio vel declarat, vel extendit, vel restringit.* Ces trois modes d'in-

Digitized by Google

terprétation sont-ils applicables à la loi pénale? Et dans quelle mesure peuvent-ils lui être appliqués?

Nous écarterons en premier lieu l'interprétation *restrictive*. Nous n'admettons pas, comme plusieurs criminalistes, que la loi pénale doive être restreinte dans ses termes, qu'il faille l'interpréter plutôt en deçà de son texte qu'en delà. Cette opinion n'est que le reflet des vieilles maximes : *odiosa restringenda ; in pœnalibus causis, bedigniùs interpretandum est*, etc. La distinction faite par Grotius[1], et répétée par Puffendorf[2], entre les choses ou les lois *odieuses* et *favorables*, ne saurait évidemment servir de base à l'interprétation ; car comment classer les lois sous l'un ou l'autre rapport? Et comment, à raison de cette classification arbitraire, les soumettre à des règles différentes d'interprétation? Si les lois pénales sont *odieuses* en ce qui concerne le prévenu, ne sont-elles pas *favorables* vis-à-vis de la société et du droit qu'elles protégent? Les restreindre, n'est-ce pas tracer le cercle de leur application en deçà de la volonté du législateur, leur donner une limite plus étroite que celle qu'il a fixée? Et quel serait le motif de cette limitation? Il ne peut y en avoir d'autre que l'intérêt du prévenu ; or, le prévenu n'a qu'un droit : c'est d'être jugé suivant les termes et suivant la teneur expresse de la loi. Au delà de cette limite, son intérêt ne saurait prévaloir sur l'intérêt social, qui exige, avec non moins d'énergie, l'application de la loi. Ce n'est pas que, dans certains cas, il ne puisse y avoir lieu, pour concilier la loi soit avec son motif officiel, soit avec la raison, soit avec la législation générale, d'en circonscrire le sens et la portée. Mais ce n'est pas cette interprétation spéciale que nous combattons ici, c'est la restriction systématique que quelques esprits prétendent apposer à toutes les lois pénales par cela seul qu'elles portent en elles-mêmes des mesures répressives.

Nous écarterons également l'interprétation extensive. Nous avons déjà essayé d'établir qu'en matière pénale, l'interprétation ne doit pas, comme elle le fait en matière civile, chercher les éléments de sa décision en dehors des textes qu'elle applique. Il s'agit de savoir maintenant si elle peut, même sans sortir de ses textes, mais en se fondant, soit sur les motifs explicites de la loi, soit sur son intention présumée, soit enfin sur le sens que le

[1] Liv. II, ch. XVI, § 10.

[2] *Droit de la nature et des gens*, liv. V, ch. XII, § 11.

Digitized by Google

raisonnement peut introduire dans ses termes, étendre ses dispositions au delà de leur teneur textuelle, au delà de la signification que la construction grammaticale des mots semble leur donner à la première vue.

Le principe de l'interprétation prend ici son appui dans l'article 4 du Code pénal. De ce qu'il n'y a point de délit là où une loi antérieure n'a pas porté de peine, il faut nécessairement induire qu'il n'y a de peine applicable que dans les cas formellement prévus par la loi; car la peine doit être considérée comme n'existant pas dans les cas où son application n'est pas prescrite, et, par conséquent, dans les cas que la loi n'a pas prévus. Il serait injuste, ainsi qu'on l'a déjà dit, de punir une action que la loi n'aurait pas explicitement défendue, et que son auteur, dès lors, a pu croire légitime.

L'application de cette règle ne donne lieu, en général, à aucune difficulté, lorsque l'imprévoyance de la loi résulte à la fois de ses motifs et de son texte ; mais il arrive souvent, et c'est là seulement que la question prend de la gravité, que l'omission est constatée et que, soit dans les explications qui ont accompagné la loi, soit dans la raison même de cette loi, soit même dans ses termes plus ou moins explicites, on trouve des arguments pour étendre ces dispositions du cas qu'elle a prévu à un autre cas semblable, ou du moins pour élargir le cercle de son application. Posons quelques hypothèses.

Supposons, d'abord, que la loi soit muette dans son texte; est-il permis de suppléer à son silence en se reportant à l'exposé de ses motifs, lorsque cet exposé énonce le fait ou les circonstances qu'elle a omis? Cette première hypothèse doit être résolue négativement. Les exposés de motifs ne font point partie de la loi, ils l'éclairent sans doute et sont les éléments les plus utiles de son interprétation, mais ils ne peuvent suppléer à ses termes; ils les expliquent, ils ne les remplacent pas. Les textes seuls sont votés par le pouvoir législatif; seuls ils sont promulgués avec la forme exécutoire, seuls ils lient les juges. Toute autre règle d'interprétation ne tarderait pas à jeter le trouble et la confusion dans l'application des lois, car on serait conduit à chercher l'intention du législateur dans tel ou tel document qui a pu servir à leur rédaction, mais qui n'en est pas toujours la véritable explication. Nous pouvons citer un exemple de la mise en pratique de cette doctrine. L'article 6 de la loi du 27 juillet 1849 punit *tous*

Digitized by Google

distributeurs ou colporteurs de livres ou écrits non munis d'une autorisation. Il résulterait, de la manière la plus formelle, soit des discours ministériels, soit des paroles du rapporteur, que cette disposition n'était applicable, dans la pensée du législateur, qu'aux individus qui exerçaient *la profession* de distributeurs ou colporteurs [1]. Mais cette distinction posée par la discussion de la loi, n'était pas entrée dans son texte, et la Cour de cassation rejetant les documents de cette discussion, a décidé « que l'art. 6 est conçu en termes généraux et absolus et que les tribunaux ne pouvaient sans excès de pouvoir, y introduire des exceptions [2]. »

Supposons, en deuxième lieu, que la loi étant muette encore, on cherche, dans l'intention présumée du législateur et dans l'ensemble de son système, les motifs d'une extension de son texte. Cette interprétation est-elle admissible? On ne le pense pas. Sans aucun doute, l'esprit de la loi en doit animer les termes, et le légiste doit en coordonner les différentes parties, pour en comprendre le but et la portée; mais autre chose est d'expliquer les formules légales, autre chose est d'y suppléer. Quel que claire que soit la volonté du législateur, il ne lui suffit pas de la proclamer, il faut qu'il l'exprime dans les formes et suivant les solennités qui la rendent exécutoire. De même qu'il n'y a pas de jugement sans dispositif, il n'y a pas de loi là où il n'y a pas de formule obligatoire. Et comment d'ailleurs constater l'esprit de la loi lorsque ni ses termes ni ses motifs ne le dévoilent? C'est à l'analogie qu'on recourt alors, c'est à l'induction d'un texte à un autre texte; mais est-il, en matière d'interprétation, quelque chose de plus fragile qu'une analogie? Comment constater qu'elle est exacte, qu'il y a similitude par suite entre le fait prévu et le fait nouveau? Et comment, cette exactitude fut-elle démontrée, constater encore que la volonté du législateur, qui se fonde non sur l'identité morale des actes, mais sur le péril social qu'ils produisent, a voulu s'étendre de l'un à l'autre? Le juge doit-il se montrer plus prévoyant que la loi? Et en présumant une intention qu'elle n'a point exprimée, ne risque-t-il pas d'établir arbitrairement un délit?

Supposons, enfin, que l'interprétation extensive prenne ses points d'appui, non dans les motifs exprimés ou dans l'intention

[1] Séances de l'assemblée législative des 26 et 27 juillet 1849.
[2] Arr. cass., 25 avril 1850, bull. n° 136.

Digitized by Google

présumée du législateur, mais dans une rédaction vague et indécise, dans un mot qu'elle généralise, dans une disposition qu'elle ne renferme pas dans son sens propre. C'est surtout ici que la question devient délicate. Nous ne prétendons pas que dans le doute il faille restreindre la loi ; nous disons seulement que le doute doit être résolu sans l'étendre. Or, eriger en règle une disposition spéciale, comprendre dans une expression limitative plusieurs faits distincts, c'est atteindre des actes que la loi n'atteignait pas, c'est transformer en faits illicites des faits qu'elle n'avait pas expressément défendus, c'est étendre des prohibitions. Il ne faut sans doute répudier ni l'interprétation grammaticale, qui apprend à connaître la valeur des mots, ni l'interprétation logique, qui révèle, à l'aide du raisonnement, le véritable sens d'une phrase ou d'une expression légale. Mais il ne faut se servir de ces indispensables auxiliaires qu'avec quelque réserve et même en s'en défiant un peu. En général, tout texte soumis à une interprétation peut fournir une double signification : l'une qui se présente la première à l'esprit et qui en sort plus naturellement et pour ainsi dire sans le presser ; l'autre qui n'arrive qu'à la réflexion, qui se fonde sur l'enchaînement des dispositions et des mots, plus logique peut-être que la première, plus conforme au système du législateur. En matière pénale, cette dernière explication est dangereuse, car, à la différence des autres lois, la loi pénale, par cela même qu'elle prohibe ou permet certaines actions, qu'elle prescrit certains devoirs, doit être claire pour tous; sa langue doit être la langue commune; ses locutions, ses termes doivent être généralement compris ; elle est surtout faite au point de vue des citoyens qu'elle oblige ; et par conséquent l'interprétation doit tendre à l'appliquer comme elle a dû être entendue, comme elle a dû être obéie. Comment donc serait-il permis au juge d'étendre la portée de la loi, au delà de ses termes, lorsqu'il est évident que l'auteur de l'acte incriminé se confiant dans ces termes mêmes, a dû croire à la légitimité de cet acte? Comment serait-il permis de généraliser une prohibition particulière, d'appliquer à une matière une disposition faite pour un autre ordre de faits, d'étendre la signification vulgaire d'une expression légale, lorsqu'il est clair que cette défense, ce texte, ce mot, eût dû être acceptés dans leur sens, non pas restreint, mais naturel, et suivant leur valeur, non pas scientifique, mais commune ?

Digitized by Google

Toute interprétation extensive de la loi pénale est donc une lésion réelle d'un droit acquis, car il y a droit acquis là où il n'y a pas prohibition formelle, car toute action qui n'est pas expressément défendue est permise. Peu importe sa moralité intrinsèque : le juge n'est point chargé de venger la morale, mais d'appliquer la loi. Peu importe le péril dont elle menace l'ordre; l'interprétation des lois n'entraîne pas le pouvoir de les modifier et de les compléter. Si telle n'était pas la limite de l'attribution judiciaire, où seraient les garanties de la liberté civile? Si les délits pouvaient être créés par voie d'interprétation, si le caractère d'une action au lieu d'être fixé par la loi, était le résultat d'une controverse, il est clair que les citoyens n'auraient plus aucune règle de conduite assurée, que leur tranquillité ne reposerait plus sur la loi seule? Que la légalité de leurs actions dépendrait d'une jurisprudence qui ne peut avoir la stabilité de la loi. Toute interprétation extensive conduit directement aux poursuites arbitraires, aux incriminations vagues et incertaines, aux délits infinis. Il n'y a plus de sécurité ni pour la personne ni pour les biens, là où le sort du prévenu dépend d'un raisonnement plus ou moins fondé ou d'une idée vague d'utilité générale, là où le même fait peut être apprécié en différents temps, tantôt comme un fait licite et tantôt comme un délit.

Nous arrivons à la troisième espèce d'interprétation, à l'interprétation *déclarative*. Cette interprétation a pour objet d'imposer le sens naturel et régulier de la loi, sans la restreindre et sans l'étendre; elle cherche son sens direct et vrai par l'explication des termes obscurs ou incorrects dont elle s'est servie, ou des locutions ambiguës ou équivoques qu'elle a employées. Cette interprétation est la seule qui doive être usitée en matière pénale.

Il faut, nous l'avons déjà dit, une interprétation. Le système d'une application littérale de la loi est inadmissible. Le langage du législateur, quelquefois incorrect, quelquefois vague et indéfini, et dont la variété imprévue des faits nouveaux révèle à chaque pas l'obscurité et la contradiction, ou, pour mieux dire, l'imprévoyance, exige une incessante explication; il est indispensable de définir le système général de la loi, son but, les règles qui le réfléchissent dans chacune de ses dispositions. C'est là la tâche de l'interprétation.

Or, puisque cette interprétation ne peut être ni restric-

Digitized by Google

tive, car restreindre la loi c'est lui refuser une partie de son effet, ni extensive, car étendre la loi c'est créer arbitrairement un délit et une peine, il suit nécessairement qu'elle doit se renfermer dans le cercle de l'interprétation déclarative. Cette interprétation est l'explication pure et simple de la loi; elle n'ajoute, elle ne retranche rien à ses textes; elle se borne à déclarer le sens qui s'y trouvait virtuellement renfermé. Ses éléments scientifiques sont la nature de la loi elle-même, le caractère spécial de la matière qui en fait l'objet, le système général de ses dispositions, l'ensemble de ses textes, la valeur des mots employés. Mais tous ces éléments doivent concourir, non pour suppléer aux termes de la loi, mais pour les expliquer seulement. Cette interprétation est logique, comme toute interprétation qui n'est pas strictement littérale, car elle remonte à la raison de la loi pour en éclairer le texte, à la règle générale pour en vérifier l'application; mais si le texte est rebelle, il ne lui appartient pas de le faire fléchir. Ce n'est que lorsque les termes n'ont pas un sens clair et précis, qu'il lui appartient de le déclarer.

Les règles générales que cette interprétation déclarative doit suivre en matière pénale sont indiquées par son principe même; elle doit, en premier lieu, s'attacher rigoureusement à la signification propre des mots; elle ne peut s'en écarter que lorsque le législateur a exprimé l'intention de leur donner une signification spéciale. Elle doit, en second lieu, chercher à découvrir le sens obscur des termes à l'aide des règles générales qui dominent la matière. Elle doit enfin préférer l'explication qui ne renferme aucune dérogation aux lois antérieures, et qui se concilie avec les règles du droit commun,

Toute cette doctrine, au reste, n'est point la nôtre. Elle appartient à la jurisprudence qui l'a fondée et qui la maintient avec une juste sévérité. Nous avons dit, en commençant cet article, qu'un grand nombre des arrêts rendus en matière pénale, dans le cours de 1853, avaient été appelés à appliquer, dans les affaires les plus diverses, les règles de l'interprétation. Nous allons voir maintenant, en examinant ces arrêts, que la doctrine qui vient d'être exposée n'est que le résumé de leurs décisions.

FAUSTIN HÉLIE.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

PREUVE CONTRE ET OUTRE LE CONTENU AUX ACTES.

Le principe qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs, s'applique non-seulement au cas où l'une des parties demande à prouver que la convention n'a jamais eu le sens et l'étendue que lui attribuent les termes de l'acte, mais encore à celui où, prenant l'acte tel qu'il est, elle soutient que la convention qui y est relatée a été MODIFIÉE ou ÉTEINTE par des conventions postérieures : ainsi on ne peut pas prouver par témoins, même dans la limite de 150 francs, le PAYEMENT ou la REMISE d'une dette dont il existe un titre.

La règle que je me propose d'étudier est fort ancienne. Nous en trouvons, sinon la formule exacte, au moins le germe, dans plusieurs textes du droit romain.

Paul, en ses *Sentences*, nous apprend en effet qu'aucune preuve par témoins n'est admise contre les actes dont la validité n'est pas contestée : *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam, interrogari non possunt* [1].

Un autre texte, la loi 1re, au code de Justinien, *De testibus*, loi que Cujas attribue à l'empereur Caracalla, énonce la même idée : *Contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur.*

Les expressions *adversus scripturam..... contra testimonium scriptum.....*, sont amphibologiques.

Faut-il les entendre en ce sens restreint, qu'on n'est pas admis à prouver par témoins qu'un acte qui est représenté en justice ne relate pas tout ce qui a été convenu entre les parties, ou qu'il dit plus qu'il n'a été convenu?

Doit-on, au contraire, les interpréter en ce sens général, qu'il n'est pas permis de prouver par témoins non-seulement que telle clause qui est dans l'acte n'a pas été entendue entre les parties, ou que tel point accessoire qui n'y est point rapporté a été arrêté entre elles, mais encore *que l'obligation qui y*

[1] Liv. V, tit. 15, § 4.

Digitized by Google

est relatée a été modifiée ou éteinte par des conventions postérieures?

Pomponius résout la question. Celui, dit-il, qui s'est obligé par écrit, doit se libérer par écrit : *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet* [1]. C'est bien dire, et en termes formels, que la libération d'une dette dont il existe un titre ne se peut pas prouver par témoins.

Justinien a d'ailleurs fait cesser les doutes qui pouvaient exister à cet égard. En principe, dit-il, le paiement d'une dette constatée par écrit ne peut pas être prouvé par témoins; toutefois, et par exception, si le débiteur a eu le soin d'appeler, pour assister à la numération des espèces, cinq personnes honnêtes et bien famées, leur témoignage fera preuve du paiement [2].

Ainsi, lorsqu'un écrit existe qui constate une obligation, non-seulement il n'est pas permis de recourir au témoignage, à l'effet d'établir que l'obligation a eu, *dès son origine*, un sens plus étendu ou plus restreint que celui qui résulte des termes de l'acte, mais il est même défendu de prouver autrement que par écrit [3] qu'elle a *cessé d'exister* ou qu'elle a été *modifiée* après coup.

Cette théorie se résume en cette formule bien simple : *Tant qu'on ne rapporte pas une preuve écrite du contraire, l'obligation dont il existe un titre est réputée exister encore et telle qu'elle était à l'origine.*

On la pratiqua dans les pays de droit écrit; dans les pays de coutume, au contraire, la preuve testimoniale fut d'abord si favorable, qu'on la préféra même à la preuve écrite : *Témoins passent lettres*, disait-on. Admise dans tous les cas et sans limitation à telle ou telle somme, on put s'en servir même à l'encontre des actes que les parties dressaient ou faisaient dresser pour constater leurs conventions.

Cette faculté illimitée de prouver toutes choses par le témoignage des hommes donna lieu à tant de procès, la corruption des témoins fut poussée si loin, qu'on sentît enfin la nécessité de

[1] L. 80, ff., *De solutionibus.*
[2] L. 18, Cod., *De testibus* (4, 20).
[3] Sauf le cas exceptionnel indiqué ci-dessus.

Digitized by Google

faire cesser ces scandales en mettant des bornes à l'admission de la preuve testimoniale. De là l'ordonnance de Moulins ; en voici le texte :

« 1° Dorénavant, de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 100 livres, seront passés actes par-devant notaire et témoins, par lesquels actes seulement sera faite et reçue toute preuve desdites matières.

« 2° Il ne sera reçu aucune preuve par témoins outre le contenu auxdits actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été *dit* ou *convenu* avant icelui, lors et *depuis*. »

Le droit romain se trouve ainsi dépassé. A côté de la règle *contra testimonium scriptum testimonium, non scriptum non fertur*, s'en place une autre : les conventions verbales dont l'objet excède 100 livres ne se prouvent pas par témoins.

Les dispositions prohibitives de l'ordonnance de Moulins furent reproduites, sous certaines modifications, par l'ordonnance de 1667. Il y est dit : « 1° que les actes qu'on est tenu de dresser ou de faire dresser peuvent l'être, soit dans la forme authentique, soit dans la forme sous seing-privé, au choix des parties[1]; 2° qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou depuis la rédaction des actes, *encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de* 100 *livres*. »

Ainsi une nouvelle prohibition est introduite : la règle *contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur*, qui, sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, est restreinte au cas où l'intérêt du demandeur dépasse 100 livres, n'a plus de limites ; son application embrasse tous les cas.

L'ordonnance de 1667 a passé tout entière dans notre Code, et, à peu de chose près, dans les mêmes termes : rien n'est changé, si ce n'est le chiffre de 100 livres, qui se trouve remplacé par le chiffre de 150 francs. C'est une extension nouvelle de la prohibition de la preuve testimoniale ; car 150 francs sont de beaucoup au-dessous de 100 livres tournois en 1667. M. Jaubert, dans son discours au Tribunat, en fait la remarque : « Le « chiffre de 150 francs n'est pas, dit-il, proportionnel aux « 100 livres des anciennes ordonnances ; mais, d'une part, les « circonstances morales ne sont pas propres à encourager le lé-

[1] Pourvu, bien entendu, qu'il ne s'agisse point d'un contrat soumis, quant à sa validité, aux solennités de l'authenticité.

Digitized by Google

« gislateur à donner plus de latitude à la preuve testimoniale ; « d'autre part, il a dû considérer que l'usage de l'écriture est « devenu plus familier. »

On le voit, les règles prohibitives de la preuve testimoniale vont toujours s'élargissant; plus la pratique s'éclaire, plus elle se montre rigoureuse. Plus sévère que le droit romain, l'ordonnance de Moulins est elle-même dépassée par l'ordonnance de 1667, dont les prohibitions sont encore étendues par notre Code.

Voici donc l'état actuel de la législation sur ce point : en principe, 1° la preuve testimoniale n'est pas admise *au-dessus de 150 francs;* 2° elle ne l'est pas, *même au-dessous de ce chiffre,* contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui est allégué avoir été dit avant, lors ou *depuis* leur rédaction.

L'application de la seconde règle a fait naître une difficulté dont on s'est occupé dans le dernier siècle, et qui s'est renouvelée sous le Code; j'en précise l'objet.

Lorsque les parties dressent ou font dresser un acte qui constate leur convention, il importe qu'elles le rédigent ou le fassent rédiger de manière qu'il ne puisse pas devenir plus tard la source d'un procès. Elles doivent donc avoir soin d'y relater, non-seulement l'objet principal sur lequel elles contractent, mais encore les clauses accessoires qu'elles ont arrêtées avant ou pendant la rédaction de l'acte, en un mot tout ce qui a été convenu, mais rien au delà. A côté de ce devoir, qui est d'ordre public, se place la sanction de la loi : si l'une des parties affirme que l'acte qu'elle a dressé ou qu'elle a fait dresser sous sa surveillance est infidèle, qu'il ne rapporte pas la convention telle qu'elle a été faite, elle affirme par là même qu'elle n'a pas rempli le devoir que lui avait imposé la loi, et la loi la punit en lui refusant le bénéfice de la preuve testimoniale.

On ne peut donc pas prouver par témoins, car ce serait prouver *contre* ou prouver *outre* l'acte :

1° Que telle ou telle clause qui y est relatée n'a pas été entendue entre les parties, et, par exemple, que la somme prêtée est de 100 francs, lorsque le chiffre énoncé dans l'acte est supérieur ; que le prêt a été fait *gratuitement*, tandis que l'acte porte qu'il a été fait à 5 p. 100; que l'obligation est pure et simple, si l'acte fait mention d'un terme ou d'une condition.

2° Que tel ou tel point accessoire qui n'y est pas relaté a pour-

Digitized by Google

tant fait partie de la convention, et, par exemple, que l'obligation est à terme ou conditionnelle, bien que l'acte ne fasse mention d'aucun terme ou condition; qu'un domaine a été affermé moyennant telle somme et tant de paires de poulets par chaque année, tandis qu'il n'est question dans l'acte que d'un loyer en argent.

Les parties doivent, en un mot, prendre la convention telle qu'elle est relatée dans l'acte; il ne leur est point donné d'en restreindre ou d'en élargir le sens au moyen de la preuve testimoniale.

Après avoir établi le principe qu'on ne prouve point par témoins ce qui est allégué avoir été dit *avant* ou *pendant* la rédaction de l'acte, la loi ajoute qu'il en est de même de ce qui a été dit *depuis*.

Ainsi ne tombent point en preuve testimoniale: 1° les faits qui ont *précédé* ou *accompagné* la rédaction de l'acte; 2° ceux qui l'ont *suivie*.

Quels sont ces faits *postérieurs* dont la preuve testimoniale est défendue? Il ne peut être ici question, cela est évident, que des faits ou conventions qui ont un rapport direct avec l'obligation qui est relatée dans l'acte.

Mais faut-il, s'attachant aux termes généraux de la loi, dire que les parties doivent énoncer ou faire relater dans l'acte tous les faits postérieurs qui sont de nature à exercer sur le contrat qu'il constate une influence plus ou moins directe?

Faut-il, au contraire, restreignant ce devoir à certains faits, distinguer entre les conventions, qui, si elles eussent été faites au moment du contrat originaire, n'y seraient entrées qu'à titre de clauses accessoires, et celles qui, bien que s'y rattachant, forment cependant un contrat à part, un contrat principal?

Ou bien, enfin, doit-on dire que la loi n'a entendu parler que des *dires, aveux*, *pourparlers* et *conversations* invoqués par l'une des parties à l'effet d'établir que la convention n'a jamais eu le sens et l'étendue que lui attribuent les termes de l'acte? En d'autres termes, et pour résumer la question, peut-on, dans la limite de 150 francs, prouver par témoins qu'une dette dont il existe un titre a été *modifiée* ou *éteinte* par une convention postérieure?

La question a été soulevée dans notre ancien droit; il existe, en effet, des arrêts qui ont consacré le principe que le paiement

Digitized by Google

d'une somme au-dessous de 100 livres peut être prouvé par témoins, alors même qu'il existe un titre de l'obligation.

Boiceau, en son *Traité de la preuve*, approuve cette décision : « Ce n'est, dit-il, ni prouver *contre* ni prouver *outre* l'acte que « d'établir que la dette qui y est relatée a été acquittée. »

Jousse, au contraire, soutient que cette jurisprudence va directement contre l'ordonnance.

L'opinion de Jousse prévalut dans la pratique, ainsi que le rapporte Pothier : « Celui, dit-il, qui par acte est débiteur d'une somme moindre de 100 livres, peut-il être reçu à prouver par témoins le paiement de cette dette? Il semble qu'il doit être admis... ; car en demandant à prouver ce paiement, le débiteur ne demande pas à prouver une chose contraire à l'acte qui renferme son obligation; il n'attaque point cet acte, il convient, au contraire, de tout ce qui y est contenu..... Cependant je vois que dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit pour quelque autre raison, on refuse la preuve testimoniale [1]. »

Ainsi Pothier ne dit point que la preuve testimoniale doit être admise dans l'espèce ; il lui semble qu'elle devrait l'être, mais il reconnaît qu'à tort ou à raison, la jurisprudence de son temps est contraire à son sentiment, et, tout en la critiquant, il s'y soumet.

C'est donc la théorie de Justinien qui l'emporte : le paiement d'une dette dont il existe un titre ne se prouve pas par témoins, encore bien que la somme payée n'excède pas 100 livres. On n'admet même point qu'il puisse être établi par le témoignage de cinq personnes honnêtes et bien famées qui, selon le dire du débiteur, ont été appelées pour assister à la numération des espèces.

Depuis le Code, deux auteurs dont le nom fait autorité dans la science, Merlin [2] et Favard de Langlade [3], ont reproduit la même doctrine. De même que Jousse, et conformément à l'ancienne jurisprudence, ils n'admettent point que le paiement d'une dette dont le titre est représenté puisse, même dans la limite de 150 francs, être prouvé par témoins.

Dans ce système la preuve testimoniale n'est pas admise à l'ef-

[1] Oblig., n° 799.
[2] V° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1.
[3] V° *Preuve*, § 1.

Digitized by Google

fet de prouver aucun des faits qui de près ou de loin se rattachent à un contrat antérieur dont il existe un titre.

Cette doctrine n'a point fait fortune. Les auteurs qui ont écrit depuis Merlin, MM. Delvincourt, Duranton, Zachariæ, Bonnier et Marcadé, l'ont tous abandonnée. On enseigne partout aujourd'hui que la défense de prouver par témoins ce qui a été dit *depuis* la rédaction des actes. n'embrasse point tous les faits qui sont de nature à exercer une influence plus ou moins directe sur le contrat dont le titre est représenté. Parmi ces faits, les uns ne peuvent être prouvés que *par écrit*, alors même que l'intérêt qu'ils engagent est inférieur à 150 francs ; d'autres peuvent, dans cette limite, être prouvés *par témoins*. Quant à la ligne de démarcation entre ces deux catégories de faits, indiquée d'abord par MM. Delvincourt et Duranton, elle a été tout récemment exposée *ex professo* par MM. Zachariæ et Marcadé.

Lorsqu'une convention a été constatée par écrit, les parties qui, par des conventions postérieures, y apportent quelque *changement*, doivent avoir soin de relater, soit dans le même acte, soit dans un acte séparé, les *modifications* dont elles conviennent : ces conventions *extensives* ou *restrictives* de la première ne se prouvent point par témoins, alors même que leur objet n'excède pas 150 francs.

Quant aux conventions qui ont pour but de *supprimer* la première, c'est-à-dire d'*éteindre* les obligations qu'elle a fait naître, il n'est pas nécessaire d'en dresser une preuve écrite : elles peuvent être prouvées par témoins lorsque le droit qu'elles *éteignent* ne dépasse pas 150 francs.

En d'autres termes, et pour tout dire en une formule, les conventions dont l'objet n'excède pas 150 francs, mais qui se rattachent à une convention antérieure dont il existe un titre, peuvent être ou ne peuvent pas être prouvées par témoins, suivant qu'elles *modifient* seulement le contrat antérieur ou qu'elles le *suppriment*, en éteignant les droits auxquels il avait donné naissance.

Ainsi, en se plaçant dans ce système, si l'acte porte :

Qu'un prêt a été fait au 4 p. 100 ;

Que la somme prêtée sera payée à telle époque ;

Dans tel lieu ;

Et que l'une des parties soutienne que le taux de l'intérêt a été restreint ou étendu par une convention postérieure ;

Digitized by Google

Que le terme a été supprimé ou allongé ;

Que le lieu du paiement a été changé.

Aucune de ces modifications au contrat primitif ne pourra être prouvée par témoins.

De même, lorsqu'un acte de bail porte que vous m'avez loué votre domaine moyennant la somme de 1,000 francs et tant de paires de poulets par chaque année, si vous soutenez que nous sommes convenus depuis d'un loyer de 1,000 francs sans poulets, cette convention nouvelle n'étant qu'une simple *modification* de la première ne peut être prouvée que par écrit.

Que si au contraire le débiteur soutient que la dette dont le titre est représenté a été *payée* à l'échéance ou qu'elle a été *novée*, c'est-à-dire remplacée par une autre obligation, ou enfin que le créancier lui en a fait *remise*, ces conventions postérieures peuvent être prouvées par témoins, puisqu'elles ne se rattachent à la première que pour la *supprimer*, en éteignant les droits auxquels elle a donné naissance.

Lorsqu'une opinion est universellement combattue, que les jurisconsultes les plus éminents dans la science sont d'accord pour la critiquer, il y a témérité à la défendre. Aussi est-ce avec une grande défiance, et après de bien vives hésitations, que je me suis décidé à prendre parti pour le système de MM Merlin et Favard. La discussion qui est la base du système contraire ne m'a point paru fondée. Si je ne me trompe, elle n'a sa raison d'être ni dans l'autorité historique, ni dans le texte de la loi, ni dans son esprit, ni enfin dans la logique des principes. Les arguments sur lesquels on l'appuie ne sont, pour la plupart, que des pétitions de principe ; et ce qui est plus décisif contre elle, c'est que les motifs qu'on invoque pour la justifier militent également pour ou contre chacune des propositions dont elle se compose. Ainsi les arguments qu'on met en avant pour démontrer que les conventions simplement MODIFICATIVES d'une obligation constatée par écrit, ne se prouvent point par témoins, justifient également et avec la même force l'opinion de ceux qui appliquent la même règle aux conventions EXTINCTIVES de l'obligation ; et réciproquement, les raisons invoquées pour établir que les conventions EXTINCTIVES d'une obligation dont il existe un titre peuvent être prouvées par témoins, montrent également et avec autant de force qu'il en est de même des conventions qui ne font qu'apporter des *changements* au contrat relaté dans l'acte ; en sorte

Digitized by Google

qu'il faut réunir, au lieu de les séparer, les deux propositions en une seule. On peut admettre ou rejeter, dans l'un *et* l'autre cas, la preuve testimoniale; elle ne saurait être admise ou exclue dans l'une des deux hypothèses sans l'être nécessairement dans l'autre. C'est ce que je vais essayer de démontrer.

Lorsqu'on veut établir cette proposition : *le paiement ou la remise d'une dette dont le titre est représenté peut être prouvé par témoins, dans le cas où l'intérêt du demandeur n'excède pas* 150 *fr.*, on raisonne ainsi : « Que défend la loi? De prouver *outre* ou *contre* l'acte; or, ce n'est pas prouver *outre*, ce n'est pas non plus prouver *contre* l'acte, que de prouver que la dette qui y est relatée a été payée comme elle devait l'être; au lieu de lutter contre l'acte qu'on lui oppose, le défendeur qui demande à faire preuve du paiement, reconnaît, au contraire, l'exactitude de chacune de ses énonciations. »

J'admets pour un instant (j'en démontrerai plus tard la fausseté) que l'argument est décisif; qu'en faut-il conclure? Qu'on peut aussi prouver, de la même manière, que l'obligation relatée dans l'acte a été *modifiée* après coup. Qu'on suppose, par exemple, qu'un acte porte que l'obligation sera payable au domicile du créancier, et que le débiteur soutienne qu'il a été entendu, par une convention postérieure, que le paiement sera fait à son propre domicile : devra-t-il être admis à prouver par témoins ce qu'il avance? Pourquoi non? ne peut-il pas, lui, aussi, dire, de même que le débiteur qui se prétend libéré : « Je ne demande pas à prouver *contre* l'acte; au lieu de l'attaquer je reconnais que tout ce qui y est relaté est conforme à la vérité. Oui, il a été convenu que le paiement serait fait au domicile du créancier; mais une convention postérieure est intervenue, qui a changé l'état de choses primitif, et c'est cette convention nouvelle que je demande à prouver. »

En d'autres termes, si ce n'est pas prouver *contre* l'acte que de prouver que l'état de choses qu'il relate a CESSÉ par l'effet d'une convention postérieure, à bien plus forte raison n'est-ce pas prouver *contre* lui que d'établir que cet état de choses a été MODIFIÉ après coup.

Veut-on, au contraire, justifier cette autre proposition : *les conventions simplement* MODIFICATIVES *d'une obligation antérieure constatée par écrit ne se prouvent point par témoins*, on fait le raisonnement suivant : « C'est prouver *contre* l'acte que de

Digitized by Google

prouver que l'obligation qui y est relatée a été *modifiée* après coup ; les conventions qui ne font que *modifier* l'obligation antérieure dont le titre est représenté ne se prouvent donc point par témoins. »

Ce raisonnement est vicieux ; il suppose établi ce qui précisément est en question, à savoir si c'est prouver contre l'acte que de prouver que la convention qu'il contient a été *modifiée* par une convention postérieure. Il fallait dire : L'obligation constatée dans un écrit dont la validité n'est pas contestée, est réputée exister aujourd'hui telle qu'elle était à son origine; donc c'est prouver *contre* l'acte que de prouver que l'obligation n'est plus ce qu'elle était dans le principe; donc on ne peut pas prouver par témoins les *modifications* qu'elle a, selon le dire de l'une des parties, subies après coup.

Présenté de cette manière, l'argument ne pèche plus contre la logique; mais qui ne voit qu'il peut également être invoqué à l'effet de démontrer qu'on ne peut pas prouver par témoins que l'obligation qui est relatée dans l'acte a *cessé* d'exister, qu'elle a été *éteinte* en vertu d'une convention postérieure ? Le créancier peut dire : « Le titre que j'invoque prouve 1° que l'obligation a existé à la date de l'acte; 2° qu'elle existe encore, sauf la preuve du contraire. Donc c'est vouloir prouver contre l'acte que de prétendre établir que l'obligation dont je rapporte la preuve écrite n'existe plus. »

En d'autres termes, si c'est prouver contre l'acte que de prouver que l'obligation qui y est relatée n'est plus aujourd'hui ce qu'elle était d'abord, à bien plus forte raison est-ce prouver contre lui que d'établir que l'obligation dont il prouve l'existence n'existe plus.

On insiste et l'on dit : « Il est *clair* que quand la loi défend de prouver par témoins contre l'acte, elle n'entend point parler généralement de toutes les choses dont cet acte ne s'occupe pas, mais seulement de celles dont il ne s'occupe pas, *quoiqu'il eût dû s'en occuper*. Or, les parties qui *modifient* après coup la convention qu'elles ont précédemment faite, doivent en même temps insérer dans l'acte où se trouve écrite cette convention les *changements* qu'elles lui font subir; mais quand il s'agit d'éléments que l'acte réglant cette convention n'avait pas à constater, et *ne pouvait même pas constater*, il est bien évident que ce ne

Digitized by Google

sont pas d'eux que la loi entend parler quand elle défend de prouver outre l'acte [1]. »

Cette argumentation ne fait pas avancer d'un pas la question. Ce ne sont, d'un bout à l'autre, que des affirmations dont le sens est quelquefois devinatoire.

Ainsi que veut-on dire lorsqu'on affirme que l'acte *ne pouvait même pas constater* les conventions postérieures et extinctives de l'obligation qui y est énoncée?

Entend-on exprimer cette idée que les parties n'ont pas pu relater dans l'acte, *au moment même de sa rédaction*, le paiement qui en a été fait à l'échéance? Mais il en est absolument de même des *modifications* qu'elles ont stipulées par suite de circonstances survenues depuis la rédaction de l'acte et qu'elles ne pouvaient pas alors prévoir!

Veut-on dire simplement qu'elles *n'ont pas pu*, après qu'elles ont éteint l'obligation, insérer dans l'acte qui la constatait le paiement ou la remise qui l'a éteinte? Mais qui croira jamais que le paiement d'une dette, surtout s'il est *partiel*, ne puisse être valablement constaté par l'acte même qui la constate?

Mais, nous dit-on encore, « les parties *doivent* relater dans l'acte qui contient l'obligation (ou dans un acte séparé) la convention postérieure qui la *modifie*, tandis qu'elles *ne sont pas tenues* d'y insérer la convention qui l'*éteint* ou d'en dresser un acte séparé. »

C'est encore la question résolue par la question même! Ce qu'il faut en effet prouver, c'est que ce *devoir* existe dans le premier cas sans exister dans le second. Qu'on nous dise donc le pourquoi de cette différence, la raison pour laquelle on l'appuie.

On a essayé de l'expliquer, et voici comment : « Lorsque le fait allégué serait venu seulement *changer* l'état de choses antérieur dans quelqu'une de ses parties, tout en le maintenant d'ailleurs, l'écriture est demandée pour la preuve, *parce qu'il n'est pas croyable* qu'on ait *modifié* les choses sans modifier l'écrit qui les constatait, et que l'on conservait comme les constatant : il est trop naturel, du moment qu'on ne déchirait pas cet acte, d'en faire pour ainsi dire une édition nouvelle et exacte. Au contraire, quand le fait allégué serait venu détruire, supprimer le précédent état de choses, en sorte que l'écrit primitif

[1] M. Marcadé, sur l'art. 1341.

Digitized by Google

voyait disparaître l'objet de sa constatation ; quand on est venu, non pas conserver en le modifiant l'état de choses antérieur, mais créer un autre état de choses qui supposait bien, mais qui faisait entièrement *cesser* l'état précédent, alors l'écriture n'est pas exigée, et la circonstance que le premier état de choses était constaté par un écrit encore subsistant n'empêche pas de prouver le second par témoins, *parce que* s'agissant alors d'une chose absolument nouvelle, d'une chose pour la constatation écrite de laquelle il aurait fallu, non pas une édition nouvelle et corrigée du même acte, mais un autre acte, les parties se sont trouvées sous le droit commun, et ont été libres ou de rédiger cet autre acte ou de se contenter de témoins, puisque l'intérêt (on le suppose) n'excède pas 150 francs [1]. »

Quelle que soit l'autorité dont jouisse l'auteur de cette explication, je n'hésite pas à dire qu'elle est pleine d'inconséquences ; il m'est impossible, peut-être m'abusé-je, il m'est impossible, quelque effort que je fasse, d'en saisir la logique. Quoi ! on avoue que les parties qui laissent subsister l'écrit où se trouve relatée une obligation antérieure, sont en faute lorsqu'elles n'ont pas inséré dans le même acte ou dans un acte séparé les *changements* et *modifications* qu'elles ont stipulés après coup ; on reconnaît que c'est à raison de cette faute, parce qu'elles ont manqué à ce devoir de prudence, que la loi leur refuse le bénéfice de la preuve testimoniale, et on innocente le débiteur qui, après avoir payé sa dette, n'a pas la précaution d'exiger la suppression du titre qui la constate, ou, s'il le laisse subsister, de faire insérer soit dans l'acte même qui reste dans les mains de son créancier, soit dans un autre acte, le paiement qu'il a effectué ! N'est-il pas vrai qu'il a été imprudent à l'excès, qu'il n'a pas fait ce que font les débiteurs les moins attentifs ? Si quelqu'un est indigne des faveurs de la loi, n'est-ce pas lui ? On trouve qu'il n'est pas croyable qu'on ait *modifié* l'obligation et qu'on ait laissé subsister, sans le modifier lui-même, l'acte qui la constate, et l'on ne s'étonne point que le débiteur qui paie sa dette laisse subsister le titre qui la prouve, sans se précautionner d'un titre qui constate sa libération ! S'il est naturel, lorsqu'on *modifie* une obligation, de faire une édition nouvelle de l'acte où elle est relatée, ne l'est-il pas d'avantage lorsqu'on l'*éteint*

[1] M. Marcadé, sur l'art. 1341.

Digitized by Google

de supprimer complétement l'acte qui lui sert de preuve ?

M. Duranton donne une autre raison : « Il arrive souvent, dit-il, qu'un paiement est fait dans une foire ou dans un marché, ou dans toute autre circonstance particulière où le créancier n'a pas le titre sur lui, et lorsque aussi il n'y avait pas facilité de faire en ce moment une quittance par-devant notaire, si le créancier ne savait pas écrire, et même sous seing-privé, quoiqu'il le sût. Cela se voit tous les jours. »

On devine ma réponse : Il arrive souvent aussi, dirai-je, que deux parties qui se rencontrent en foire ne peuvent pas constater par écrit, soit parce qu'elles ne savent pas écrire, soit parce qu'elles n'ont pas un notaire sous la main, les conventions par lesquelles elles *modifient* une obligation antérieure dont il existe un titre. Cela se voit tous les jours ; ces modifications de l'obligation peuvent donc, de même que le paiement, être prouvées par témoins.

« Lorsqu'il s'agit, dit encore M. Duranton, d'une *modification* apportée à une convention constatée par un acte, la partie qui la stipule doit naturellement en retirer une preuve par écrit ; mais lorsque c'est une simple *remise gratuite* faite depuis l'acte, cette partie ne pourrait en demander une preuve écrite à son créancier, sans craindre de le blesser et sans craindre par cela même qu'il s'y refusât... : il nous semble donc qu'elle peut être prouvée par témoins jusqu'à concurrence de 150 francs. »

Ainsi le débiteur qui affirme que son créancier lui a fait remise de la dette, est admis à en faire la preuve par témoins, *parce qu'il a été dans l'impuissance morale de s'en procurer une preuve écrite.*

Mais si cela est vrai, comment se fait-il que M. Duranton n'admette, dans ce cas, la preuve testimoniale que jusqu'à concurrence de 150 francs ? Est-ce qu'elle n'est pas admise sans limites, lorsque le demandeur a été dans l'impuissance de faire constater par écrit le fait dont il veut bénéficier ?

Si cela est vrai, si la remise gratuite d'une dette dont il existe un titre ne peut être prouvée par témoins que parce que le débiteur a été dans l'impuissance morale de s'en procurer une preuve écrite, c'est donc qu'*en principe* le débiteur ne peut pas prouver de cette manière les causes de libération qu'il a pu faire constater par écrit ? Comment se fait-il alors que M. Duranton admette le débiteur à prouver, par la voie du témoignage,

Digitized by Google

le paiement de la dette dont le titre est représenté? Est-ce que le débiteur était dans l'impuissance morale de retirer une quittance ou de retirer le titre acquitté?

M. Duranton n'a pas pris garde que le motif qui sert de base à son système le ruine dans son entier. Si je prouve, en effet, que le débiteur n'est pas dans l'impuissance morale de faire constater par écrit la remise qui lui est faite, je serai en droit d'en conclure que la remise d'une dette dont le titre est représenté ne peut pas être, même dans la limite de 150 francs, prouvée par témoins. Or cette démonstration est facile. La considération qu'invoque M. Duranton est la même que celle qu'on fit autrefois valoir dans l'intérêt *des déposants volontaires*. Le déposant, disait-on, est dans l'impuissance morale de se procurer une reconnaissance écrite du dépôt : car il n'ose pas l'exiger, dans la crainte de blesser, par une marque de défiance, celui dont il sollicite un service purement gratuit.

Ce raisonnement manquait de justesse. Le déposant ne fait pas injure au dépositaire, lorsqu'il lui demande une reconnaissance écrite des choses qu'il lui confie : car cette mesure de prudence est prise non pas contre lui, mais contre des héritiers qu'on ne peut jamais connaître à l'avance, et qui d'ailleurs pourraient, dans l'ignorance du dépôt, le nier légitimement. C'est ce qu'a pensé l'ordonnance de 1667, et notre Code après elle : les dépôts volontaires sont rangés sous l'empire du droit commun, en matière de preuve testimoniale. J'en dis autant, et par les mêmes motifs, des remises de dettes. Le débiteur auquel le créancier propose la remise de son obligation peut en effet, lorsqu'il l'accepte, la faire constater par écrit, ou au moins faire supprimer le titre qui constate la dette ; il le peut sans craindre de blesser le créancier, « car la mesure de prudence qu'il réclame est prise non pas contre lui, mais contre des hérétiers qu'on ne peut jamais connaître à l'avance, et qui d'ailleurs pourraient, dans l'ignorance de la remise, exiger le payement de la dette dont le titre est en leur possession. »

Les paiements et remises *partiels* ne suppriment l'état de choses relaté dans l'acte qu'en partie seulement; ils le laissent subsister pour le surplus. Si les motifs que je viens de critiquer étaient exacts, ces extinctions *partielles* de l'obligation ne pourraient être prouvées que par écrit; en sorte qu'il faudrait distinguer, parmi les conventions *extinctives* de l'obligation, celles

Digitized by Google

qui l'éteignent pour le tout de celles qui ne l'éteignent qu'en partie. M. Duranton ne va pas jusque-là. Le paiement ou la remise *partielle*, de même que le paiement ou la remise de la dette *entière*, peut, dit-il, être prouvé par témoins. Or quelle raison y a-t-il, je le demande, d'accorder la preuve testimoniale au débiteur qui soutient que le créancier lui a fait remise d'une *portion* de la dette, et de la lui refuser lorsqu'il affirme qu'il a été autorisé à garder pendant un certain temps la somme qu'il devait payer actuellement? Est-ce que cette autorisation ne contient pas, elle aussi, une remise partielle *sui generis?*

M. Marcadé pense que le débiteur ne peut point prouver « qu'il a été convenu après coup qu'il payerait l'intérêt à 4 au lieu de 5 indiqués par l'écrit. » Quelle différence y a-t-il donc entre cette convention nouvelle et une remise partielle de la dette?

Toute convention qui modifie l'obligation dans un sens *restrictif* n'est au fond qu'une *remise partielle;* les conventions qui modifient, *en la restreignant*, l'obligation antérieure dont le titre est représenté, peuvent donc être établies par témoins. Or, s'il en est ainsi des modifications *restrictives* de l'obligation, quelle est donc la raison secrète qui fait qu'il en est différemment des modifications *extensives?*

La distinction que je combats conduit à d'autres conséquences dont je tiens à signaler la bizarrerie. Un acte porte qu'une dette de 150 francs, contractée par Pierre, a été cautionnée par Paul; celui-ci soutient que, par une convention postérieure, le créancier lui a fait remise du *cautionnement*. Sera-t-il admis à prouver par témoins ce qu'il affirme? Il n'y sera pas admis « car, dira-t-on, le fait qu'il allègue *modifiant* seulement l'ancien état de choses dans l'une de ses parties, tout en le maintenant d'ailleurs, la preuve n'en peut être faite que par écrit; il n'est pas croyable qu'on ait modifié les choses sans modifier l'écrit qui les constatait et que l'on a conservé : il était trop naturel, du moment qu'on ne déchirait pas cet acte, d'en faire une édition nouvelle et exacte. »

Mais si la caution soutient que le créancier lui a fait remise, non pas seulement du *cautionnement*, mais de la *dette*, faut-il encore qu'elle apporte une preuve écrite de ce qu'elle affirme? Cela n'est pas nécessaire. Elle peut faire la preuve par témoins : « car elle ne prétend point que l'ancien état de choses a été *modifié;* elle soutient qu'il a *cessé* complétement. »

Digitized by Google

Voilà donc deux solutions différentes ; les faits qui y ont donné lieu sont-ils, au point de vue qui nous occupe, différents aussi? Qui le croira jamais ?

On me dira peut-être que j'applique mal le système que je combats, et que la caution peut prouver par témoins la remise du *cautionnement* aussi bien que la remise de la *dette ;* je le veux bien. Mais alors, si la caution peut prouver par témoins que le cautionnement a été éteint après coup, je me demande pourquoi il est défendu au débiteur de prouver de la même manière que l'hypothèque ou le gage qu'il avait donné pour la sûreté de la dette a été supprimé par une convention postérieure ?

Autre inconséquence !

En défendant de prouver par témoins ce qui a été dit depuis la rédaction des actes, la loi a eu pour but d'éviter des procès; tout le monde en convient.

Les créanciers sont d'autant plus portés à contredire les prétentions de leur débiteur, que l'intérêt qu'il réclame est plus grand.

Lorsque le débiteur affirme que l'obligation dont le titre est représenté est *éteinte*, l'intérêt qu'il réclame est plus grand que lorsqu'il soutient qu'elle a été *modifiée* seulement.

Les procès sont donc plus à craindre dans le premier cas que dans le second.

Cela posé, que décide-t-on ? que la preuve testimoniale, admissible dans la première hypothèse, ne l'est pas dans la seconde. Ainsi, un acheteur demande-t-il à prouver que son vendeur lui a fait remise du prix, la loi veut qu'on l'écoute : il fera sa preuve par témoins ! Soutient-il qu'un terme lui a été accordé, après coup, pour le paiement du prix, la loi veut qu'il succombe, s'il ne rapporte une preuve *écrite* de ce qu'il affirme ! Est-ce logique ?

M. Duranton, voulant justifier son système, tire du texte même de la loi l'argument suivant : « La loi, dit-il, défend de prouver ce qui a été *dit* depuis la rédaction de l'acte ; or vouloir prouver un paiement, ce n'est pas vouloir prouver ce qui a été *dit* depuis l'acte, puisqu'il s'agit non d'un *dire* qui aurait eu pour objet d'altérer la convention dans ses effets, mais d'un *fait* qui suppose, au contraire, la reconnaissance dans son entier de cette même convention. »

Je ne puis ici répondre qu'en recherchant préalablement quel

Digitized by Google

est le sens que M. Duranton attache au mot *dire* sur lequel il argumente. Il a pu, en effet, vouloir exprimer par ce mot l'une ou l'autre de ces deux idées :

1° Les *dires* dont la preuve testimoniale n'est pas permise sont les *explications*, *aveux*, *conversations* ou *pourparlers* que l'une des parties invoque à l'effet de prouver, non pas que la convention qui est relatée dans l'acte a été *modifiée* après coup, mais que telle clause qui y est relatée n'y a été mise que par inadvertance, ou que telle clause qui n'y est pas devrait y être, parce qu'elle a été réellement entendue entre les parties, au moment même de la rédaction de l'acte.

2° Les *dires* dont il est défendu de faire preuve par témoins sont les *conventions* qui, en les supposant vraies, auraient pour effet de modifier ou d'éteindre l'obligation antérieure.

Cela posé, je réponds :

Si la loi n'a défendu de prouver par témoins que les aveux, conversations, pourparlers ou explications verbales postérieurs à l'acte, et qui auraient pour effet, si la preuve en était faite, de restituer à la convention le sens véritable et l'étendue qu'elle a eus à l'origine, toutes les *conventions* qui se rattachent à une obligation antérieure dont il existe un titre peuvent être prouvées par témoins ; et il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les conventions qui *modifient* seulement l'obligation et celles qui l'*éteignent*,

Que si au contraire, la loi a employé le mot *dit* dans un sens général, embrassant tout à la fois les *explications* verbales et les *conventions*, on ne peut prouver par témoins ni les conventions qui *éteignent* l'obligation antérieure, ni celles qui ne font que la *modifier ;* car celles-ci, comme celles-là, sont de véritables conventions qui supposent toutes la reconnaissance, dans son entier, de la convention antérieure.

M. Marcadé affirme que « la pensée évidente de la loi est qu'on ne sera pas admis à prouver par témoins les *explications verbales* qui ont suivi la rédaction de l'acte pour arriver soit à restreindre, soit à élargir les mentions de cet écrit, qui doit toujours *être accepté tel qu'il est.* » Il en conclut qu'elle ne défend point de prouver de cette même manière les conventions postérieures qui ont *supprimé* l'état de choses constaté dans l'écrit.

Cette conséquence est juste, mais incomplète ; il faut, en effet,

Digitized by Google

l'étendre aux conventions postérieures, qui, selon l'affirmation de l'une des parties, ont *modifié* l'obligation qui est relatée dans l'acte; car ces conventions, de même que les premières, ne peuvent pas être assimilées à de simples *explications*. L'*explication*, je le répète, c'est l'aveu, le dire, la conversation que l'une des parties invoque, non pas à l'effet de *modifier* la convention antérieure, mais afin de lui restituer son véritable sens, en montrant qu'elle n'a pas été faite telle qu'elle est relatée dans l'acte. La convention *modificative* de la première, et, par exemple, l'addition ou la suppression d'un terme ou d'une condition, n'est donc pas une *explication;* la partie qui l'invoque ne critique point l'acte; elle ne prétend point qu'il a été mal rédigé, qu'il n'exprime pas la véritable pensée des parties; elle le prend au contraire tel qu'il est; elle tient pour vraie et sincère la convention qui y est relatée, puisqu'elle soutient que c'est après coup, et par une convention nouvelle, que la convention originaire a subi la modification qu'elle invoque.

C'est donc soutenir deux systèmes contradictoires que de dire, d'une part, que l'exclusion de la preuve testimoniale s'applique *uniquement* aux conversations *explicatives* de la convention relatée dans l'acte, et, d'autre part, qu'on ne peut pas prouver par témoins les conventions nouvelles qui l'ont *modifiée* après coup.

J'ai suffisamment montré, je pense, que la distinction qui est la base du système de MM. Duranton et Marcadé n'est qu'une pure affirmation que rien ne justifie. Quel parti faut-il donc prendre? Il n'y en a que deux de possibles. Et en effet, de ces deux choses l'une :

Ou la loi, en défendant de prouver ce qui a été fait *depuis* la rédaction de l'acte, n'a entendu parler que des conversations, dires, aveux ou explications verbales que l'un des contractants invoque à l'effet de *restituer* à la convention le sens ou l'étendue qu'elle a eu, selon lui, dès l'origine, mais qui ne résulte pas des termes de l'acte où elle est relatée, et alors toutes les conventions postérieures, qui ont après coup *modifié* ou *supprimé* la convention antérieure, tombent en preuve testimoniale, lorsque la chose ou la somme qu'elles ont pour objet n'excède pas 150 francs;

Ou elle a voulu prohiber la preuve par témoins, non seulement des pourparlers, aveux, explications verbales invoqués par

Digitized by Google

l'une des parties contre l'autre, mais encore de toutes les conventions qui, selon le dire de l'un des contractants, ont modifié ou supprimé la convention antérieure dont on a laissé subsister le titre, et alors l'obligation, *telle qu'elle est relatée dans l'acte*, est réputée exister encore dans sa teneur primitive, tant qu'on ne prouve point *par écrit* qu'elle a été modifiée par une convention postérieure.

— J'ai cru d'abord que la première de ces deux interprétations était seule possible. Aux termes de l'ordonnance de Moulins, me suis-je dit, aucune preuve par témoins n'était admise contre l'acte, ni sur ce qui était allégué « avoir été *dit* et *convenu* avant icelui, lors et depuis » : la prohibition était générale; elle s'appliquait tout à la fois aux *dires explicatifs* de la convention dont on représentait le titre et aux *conventions* postérieures qui l'avaient modifiée ou supprimée. Mais l'ordonnance de 1667, et après elle l'article 1341 de notre Code, restreignent la prohibition à ce qui a été *dit* avant, lors et depuis l'acte; le mot *convenu* qui généralisait la prohibition a disparu; elle ne s'applique donc plus qu'aux *dires* que l'une des parties invoque, à l'effet d'expliquer la convention dans un sens plus étendu ou plus restreint que celui que lui donnent les termes de l'acte.

Mais après un examen plus attentif de la matière, j'ai dû abandonner cette interprétation restrictive de notre règle. Je crois fermement aujourd'hui que c'est l'interpréter sainement que de l'entendre dans le sens le plus étendu. Les motifs qui ont déterminé ma conviction à cet égard me semblent décisifs. Le lecteur jugera.

1° La plupart des dispositions législatives sur cette matière ne peuvent être bien comprises qu'en remontant à leur origine; l'ordonnance de Moulins a la sienne dans le droit romain. Or qu'y trouvons-nous? Cette règle, que nous avons déduite des textes du Digeste et du Code : *l'obligation dont il existe une preuve écrite est réputée exister encore, et telle qu'elle est relatée dans l'acte, tant qu'on ne rapporte pas une preuve* ÉCRITE *du contraire*. C'est là, je crois, l'idée que l'ordonnance de Moulins a consacrée. Les termes qu'elle emploie sont absolus; elle se montre même, sur plusieurs points, plus rigoureuse que le droit romain dans ses prohibitions de la preuve testimoniale; rien ne nous autorise donc à penser qu'en reproduisant l'idée romaine sur le cas particulier qui nous occupe, elle en a limité et restreint l'application.

Digitized by Google

2° L'ordonnance de 1667 et l'article 1341 de notre Code modifient la formule de l'ordonnance de Moulins; on ne dit plus qu'il est défendu de prouver par témoins ce qui a été *dit* et *convenu* depuis la rédaction des actes; le mot *convenu* n'est pas reproduit. Mais ce n'est évidemment pas dans une pensée restrictive qu'on l'efface; on le supprime comme une redondance inutile, parce que le mot *dit,* dont le sens est général, comprend tout à la fois les *dires* ou explications verbales qui ont suivi la rédaction de l'acte, et les *conventions* postérieures qui ont modifié ou éteint l'obligation relatée dans l'acte; ce n'est qu'une simple variante de rédaction. Il n'y a pas lieu d'en conclure à une restriction du principe, puisque l'ordonnance de 1667, ainsi que notre Code, a poussé plus loin encore que l'ordonnance de Moulins les prohibitions de la preuve testimoniale.

3° L'ordonnance de 1667 a été autrefois interprétée dans un sens absolu; les tribunaux, à quelques exceptions près, ont toujours refusé la preuve testimoniale des payements d'une dette dont le titre était représenté. Il est vrai que Pothier, qui rapporte cette jurisprudence universelle, ne l'approuve point, quoiqu'il s'y soumette; mais les rédacteurs du Code ont-ils eu connaissance de la critique qu'il en a faite, et s'ils l'ont connue en ont-ils tenu compte? Rien ne nous autorise à le croire. S'ils eussent eu l'intention de faire entrer dans la loi le sentiment de Pothier, ils s'en seraient expliqués quelque part; or les travaux préparatoires de notre Code, ainsi que le texte de l'article 1341, loin de nous révéler cette prétendue innovation, ne contiennent que la consécration pure et simple de l'ancien droit. M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, prend soin de s'en expliquer expressément : « Notre projet, dit-il, conforme en ce point aux anciennes ordonnances, en a consacré les principes. » Quant au texte de l'article 1341, c'est mot pour mot le texte même de l'ordonnance de 1667.

Que cette jurisprudence de l'ancien droit soit ou non conforme à l'ordonnance, peu importe; lorsqu'un législateur reproduit une ancienne loi sans la modifier dans sa rédaction, il est plus qu'évident qu'il l'accepte telle que l'a faite la jurisprudence universelle.

L'autorité de Pothier n'est pas d'ailleurs décisive dans notre espèce. Veut-on, en effet, savoir où l'on serait conduit si on le prenait pour guide? Il faudrait dire qu'un débiteur dont la dette

Digitized by Google

ne dépasse pas 150 francs peut bien prouver le payement qu'il prétend avoir fait, mais qu'il n'en est pas de même du débiteur de plus de 150 francs qui prétend avoir fait un payement partiel au-dessous de ce chiffre [1]! Or la question que nous examinons est relative non-seulement au cas où le débiteur affirme avoir payé intégralement une dette inférieure à 150 francs, mais encore à celui où il affirme avoir payé un à-compte de moins de 150 francs sur une dette plus forte. La doctrine de Pothier est donc nécessairement fausse sur l'un ou l'autre de ces deux points; dès lors quelle autorité peut-il avoir en cette matière?

4° Ce qui a été dit depuis la rédaction de l'acte, porte l'article 1341, ne se prouve point par témoins, *encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de* 150 *francs*. N'est-ce pas comme si la loi avait dit : « Il n'y a pas, en cette matière, à distinguer si l'intérêt du demandeur dépasse ou non 150 francs; la prohibition s'applique aux deux cas; ce qui est vrai de l'un est également vrai de l'autre. Or les conventions *modificatives* ou *extinctives* d'une dette antérieure constatée par écrit ne se prouvent point par témoins, cela est évident, lorsque l'intérêt du demandeur excède 150 francs; donc il en est de même dans l'hypothèse contraire.

5° Il n'est point permis de prouver *contre* le contenu aux actes.

Un acte prouve :

D'abord, que l'obligation qui y est relatée a été contractée telle qu'elle est rapportée;

Ensuite, que cette obligation existe encore et qu'elle existe telle qu'elle était à son origine.

Celui qui, à cette preuve écrite, en oppose une autre, s'inscrit *contre* elle : donc on veut prouver contre l'acte, non-seulement lorsqu'on demande à établir que l'obligation n'a jamais eu le sens et l'étendue que lui attribuent les termes de l'acte, mais encore lorsque, prenant l'acte tel qu'il est, on demande à prouver que l'obligation dont il fait preuve a cessé d'exister ou qu'elle n'est plus ce qu'elle était d'abord. En conséquence, la preuve testimoniale doit être rejetée dans l'un et l'autre cas.

Peut-être me fera-t-on une objection. Lors, me dira-t-on, qu'un acte est produit, l'existence de la dette à la date de l'acte, se trouve certaine et démontrée. Mais cette dette qui a existé, existe-t-elle encore? C'est ce que l'acte ne prouve pas et ne peut pas prouver.

[1] V. à ce sujet M. Duranton, t. XIII, n° 334.

Digitized by Google

Ainsi, l'acte prouve la *formation de l'obligation*; il ne prouve point *son existence actuelle;* la preuve de sa *persistance* se tire uniquement d'une présomption de la loi.

Le débiteur qui demande à prouver que la dette a cessé d'exister demande donc à prouver, non point contre l'acte, mais contre la présomption de la loi.

Ce raisonnement n'est, au fond, qu'une pure subtilité. Si la dette relatée dans l'acte est réputée encore existante, c'est évidemment parce que l'acte existe lui-même actuellement. Si la persistance de l'obligation est présumée, c'est que l'acte qui est là subsistant conserve, dans le temps présent, toute la force probante qu'il avait à l'origine. Et, en effet, lorsque les parties dressent un acte de leur convention, elles conviennent tacitement que cet acte prouvera son existence aujourd'hui, demain, tous les jours, tant qu'il restera subsistant et qu'on ne produira point contre lui une autre preuve qui en détruira l'effet. Dès lors prouver l'inexistence actuelle de la dette, c'est enlever à l'acte la force probante qu'il a conservée jusqu'à ce jour, et par conséquent prouver contre lui. Au reste, si le raisonnement qu'on m'oppose devait être admis, ce n'est pas seulement contre moi qu'il devrait l'être; il faudrait également le tourner contre mes adversaires; car si l'acte ne prouve pas l'existence actuelle de l'obligation, il ne prouve point non plus qu'elle est actuellement, ce qu'elle était dans le principe. On serait donc conduit à dire que tous les faits postérieurs à l'acte, faits *extinctifs* ou simplement *modificatifs* de l'obligation qui y est relatée, peuvent être prouvés par témoins quand l'objet du débat ne dépasse point 150 francs.

6° En prohibant la preuve testimoniale dans certains cas, la loi a voulu prévenir des procès.

Lorsqu'une convention dont l'objet ne dépasse pas 150 francs n'a pas pour but de modifier ou d'éteindre une obligation antérieure constatée par écrit, il n'est pas probable qu'elle devienne jamais la source d'un débat; de là la règle qu'on peut prouver par écrit ou par témoins les conventions productives ou extinctives d'une obligation dont l'objet n'excède pas 150 francs.

Que si, au contraire, on permet aux parties de prouver de cette manière les conventions modificatives ou extinctives d'une obligation antérieure constatée par un acte qu'elles ont laissé subsister dans sa teneur primitive, on ouvre la porte aux procès, on les sollicite en quelque sorte. Le créancier, fort de son titre, ne

Digitized by Google

manquera pas, s'il est peu loyal, de nier les paiements qui lui seront opposés ; ses héritiers ou cessionnaires, alors même qu'ils sont de bonne foi, seront forcés d'agir : car par cela seul que le titre n'a pas été supprimé et qu'on ne leur montre aucune quittance écrite, la créance étant réputée encore existante, ils en poursuivront nécessairement le paiement.

C'est donc entrer dans l'esprit de la loi, et marcher vers le but qu'elle a voulu atteindre, que d'admettre le principe que je propose : l'obligation constatée par un acte qui est représenté dans sa teneur primitive est réputée encore existante, telle qu'elle est relatée dans l'acte, *tant qu'on ne rapporte pas une preuve* ÉCRITE *du contraire.*

FR. MOURLON,
Docteur en droit.

ANCIENS USAGES INÉDITS D'ANJOU,

PUBLIÉS D'APRÈS UN MANUSCRIT DU XIIIe SIÈCLE, PAR M. A. MARNIER,
Bibliothécaire de l'ordre des Avocats à la Cour impériale de Paris[1].

APPRÉCIATION DE CE DOCUMENT PAR RAPPORT AUX ÉTABLISSEMENTS DE SAINT-LOUIS.

(Article de M. LAFERRIÈRE.)

§ Ier.

M. Marnier, qui a rendu de véritables services à l'histoire du droit français par son édition très-correcte du conseil de Pierre de Fontaines, revue sur plusieurs manuscrits, et par sa mise en lumière de deux recueils inédits intitulés, l'un, *Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'échicquier de Normandie*, l'autre, *Ancien coutumier inédit de Picardie*, vient d'ajouter à ses importantes publications celle d'*Anciens usages inédits d'Anjou.* La compilation n'est pas longue ; elle contient 113 articles ou para-

[1] Chez M. Durand, libraire, 1853.

Digitized by Google

graphes; elle est précédée d'un court avertissement qui nous apprend que le manuscrit est tiré d'un registre déposé à la Bibliothèque impériale (nº 254-29, supplément français.) Ces usages s'y trouvent après un manuscrit des Établissements de Saint-Louis, terminé par ces mots, utiles à recueillir : *Ci fenist l'usages d'Orlenois, de la prévousté de Paris et de l'usage de Anjou et de Toureaine en cour de baronnie.*

M. Marnier fait observer que les anciens usages inédits d'Anjou sont antérieurs à tous les coutumiers d'Anjou que l'on a imprimés (la première édition est celle de 1486, gothique, in-16.) Cela me paraît incontestable; il suffit de fixer son attention sur le style très-ancien du manuscrit pour en être convaincu. Il ajoute, dans une note, que ces usages peuvent tenir lieu de *supplément ou de suite* aux Établissements de Saint-Louis. Il n'en dit pas davantage sur le caractère du document nouvellement édité. — Nous regrettons qu'avec sa grande aptitude à étudier les manuscrits juridiques du moyen âge, il n'ait pas saisi l'occasion, qui se présentait, de nous entretenir des anciennes coutumes d'Anjou, si intéressantes pour les origines du droit coutumier, et qu'il n'ait pas marqué les rapports ou les différences qu'il reconnaissait entre les anciens usages inédits et les Établissements de Saint-Louis. Nous pouvons ajouter un texte à ceux déjà connus, et c'est un titre de plus pour M. Marnier à la reconnaissance sincère de tous les amis de la science. Mais il est permis de regretter la modestie qui a retenu M. Marnier dans le simple rôle d'éditeur, ou sa confiance dans l'intelligence historique de ses lecteurs, confiance un peu excessive lorsqu'elle lui fait dire, après de brèves indications sur le sens de quelques paragraphes : « Je pourrais faire beaucoup d'autres remarques sur « ces anciennes coutumes, mais j'en laisse le soin au lecteur qui « les fera facilement. » — Hélas! non; le lecteur ne les *fera pas facilement*; il n'en fera aucune, ou il les fera laborieusement. C'est ce labeur que, dans l'intérêt de l'histoire du droit, j'aurais voulu que M. Marnier s'imposât. Il serait également utile et agréable de pouvoir profiter de ses observations ; et peut-être, comme résultat de ce mûr examen, aurait-on trouvé une conclusion différente de ce simple aperçu, mis en note (p. 1), que « les anciens usages de l'Anjou peuvent servir de *supplément* ou de *suite* aux Établissements de Saint-Louis. »

Pour ma part, en offrant à M. Marnier l'expression simultanée

Digitized by Google

de mes remercîments et de mes regrets, je vais essayer ce que j'aurais voulu trouver dans une introduction. Les anciennes coutumes de l'Anjou occupent une trop grande place dans l'ensemble de nos coutumes du moyen âge, pour que nous ne tâchions pas d'apprécier la valeur réelle du document publié par le savant bibliothécaire de l'Ordre des avocats.

Les rapports entre les anciennes coutumes d'Anjou et les Établissements de Saint-Louis ont toujours frappé les esprits curieux des recherches sur le droit coutumier du moyen âge.

Pocquet de Livonnière, angevin de naissance et qui avait, aux XVIIe et XVIIIe siècles [1], tout le patriotisme provincial qui pousse à l'investigation des origines, rapporte que « la plus ancienne compilation des coutumes d'Anjou, *qui est entre ses mains*, a pour titre « *Cy commencent les coutumes glosées de l'Anjou et du Maine;* » et il déclare avoir reconnu « que ces coutumes *ne sont* autre chose que les Établissements de Saint-Louis que M. Ducange a donnés au public [2]. » Ducange les avait publiés en 1668; Pocquet de Livonnière écrivait son commentaire dans les derniers temps de sa vie, vers 1715. Ducange avait remarqué, du reste, dans sa préface, que les Établissements sont intitulés, en quelques manuscrits, *Usages de Touraine et d'Anjou.* La glose, ajoutée au coutumier possédé par Pocquet de Livonnière n'est pas de la même époque que le texte; elle ne porte que sur les soixante-dix premiers articles; et après l'art. 67, il est dit : « Cette présente écriture fut faite et compilée vers l'an 1385, » date relative seulement à la glose elle-même. « Il est évident, dit Pocquet « de Livonnière, par les gloses qui sont ajoutées dans mon manus- « crit sur les soixante-dix premiers articles, que ces règlements « s'observaient en Anjou et en Maine comme *coutumes reçues.* « Ayant *conféré mon manuscrit* avec les Établissements de Saint- « Louis, je n'*y ai trouvé presque aucune différence* pour la sub- « stance des choses. » — Voilà donc un témoin grave et digne de foi qui atteste l'identité des anciennes coutumes de l'Anjou, d'après un manuscrit du moyen âge, avec les Établissements de Saint-Louis.

D'un autre côté, de Laurière, dans ses annotations sur les *Établissements de Saint-Louis* (1723), fait un fréquent usage de la

[1] Pocquet de Livonnière était né à Angers en 1652, et est mort à Paris en 1726.

[2] *Cout. d'Anjou*, 1re partie, observ. p. 4, (éd. 1726, 2 v. in-f°.)

Digitized by Google

coutume glosée d'Anjou. Il constate, par cet usage même, l'identité des dispositions dans une forme quelquefois plus claire ou plus explicite ; et il remarque (ce qui est très-important) que la coutume glosée d'Anjou ne contient que le premier livre des *Établissements*. Le second livre, où se trouvent des préceptes de droit et une forme de rédaction qui indique plutôt l'œuvre personnelle d'un légiste, d'un magistrat compilateur ou d'un praticien, que l'œuvre d'un législateur ou la forme ordinaire d'une coutume, le second livre des Établissements de Saint-Louis est complétement absent de la *coutume glosée* d'Anjou, dont l'exemplaire était sous les yeux du savant commentateur. — Ainsi, par de Laurière, nous avons encore la preuve de l'identité de l'ancienne coutume d'Anjou glosée avec le premier livre des Établissements, qui est la partie essentielle du recueil promulgué au nom de Saint-Louis.

Avançons de deux siècles. L'ordonnance de 1453 prescrit la rédaction officielle des coutumes ; l'impulsion générale est donnée ; les hauts seigneurs suivent l'exemple de Charles VII dans les provinces où ils exerçaient des attributs de souveraineté, et en 1458 Réné, roi de Sicile et de Jérusalem, duc d'Anjou, ordonne de rédiger par écrit les coutumes de son duché. La compilation est revue, corrigée ; elle est lue aux *Grands jours* de la ville d'Angers ; le duc la confirme par lettres-patentes de 1462. Or, ce cahier du xve siècle fut déposé *en original* à la chambre des comptes de Paris : notre jurisconsulte angevin, Pocquet de Livonnière, qui était aussi professeur de droit en l'université de sa ville, en a pris connaissance dans le riche dépôt de la chambre des comptes, et il dit : « Ayant plusieurs fois *conféré* nos coutumes rédigées en 1462 par ordre du roi Réné avec les Établissements de Saint-Louis, j'ai été convaincu ou que *ces établissements ont servi de coutume en Anjou*, ou que *les coutumes d'Anjou en ont été tirées*, parce que j'y ai trouvé de grandes conformités et des dispositions semblables en plusieurs articles. »

Ainsi, à la fin du xiiie siècle l'identité ; — à la fin du xve siècle, la conformité sur plusieurs points : voilà le fait qui apparaît au milieu et à la fin du moyen âge, et qui lie les anciennes coutumes d'Anjou, telles que les connaissaient Pocquet de Livonnière et de Laurière, aux Établissements de Saint-Louis.

Les anciens usages inédits que publie M. Marnier portent-ils ce caractère d'identité ; — ou annoncent-ils, au contraire, par la

Digitized by Google

nature de leurs dispositions, qu'ils sont antérieurs aux Établissements ?

Si rien n'indique qu'ils soient antérieurs aux Établissements, alors ils peuvent, comme le dit M. Marnier, n'être qu'un *supplément* ou une *suite ;* et, dans ce cas, ils n'offrent pas un grand intérêt, puisque nous savons déjà que l'ancienne coutume glosée d'Anjou, bien certainement pratiquée dans cette province, à la fin du XIIIe siècle, était conforme aux Établissements de Saint-Louis.

Si, au contraire, ils contiennent la preuve qu'ils ont été recueillis avant la rédaction des Établissements, et qu'ils représentent par conséquent les coutumes pratiquées en Anjou avant la publication des Établissements de Saint-Louis, oh ! alors, ils acquièrent un véritable prix aux yeux de l'histoire du Droit. Il y a donc intérêt à rechercher, à cet égard, leur caractère et leur valeur.

Un point a tout d'abord fixé notre attention dans l'examen des *anciens usages inédits* : c'est le combat judiciaire en matière civile. Les anciens usages d'Anjou admettent-ils, en matière civile, le duel prohibé par le chap. 2, livre 1er des Établissements de Saint-Louis [1] ? C'est un point capital pour fixer leur caractère ; car bien que l'Anjou ne fût pas compris dans le domaine du roi et qu'il eût été concédé en 1246, à titre d'apanage, au frère de Louis IX, Charles comte d'Anjou et du Maine, cependant il est certain, par le témoignage de Pocquet de Livonnière et d'Eusèbe de Laurière, que les dispositions du premier livre des Établissements étaient reproduites par l'ancienne coutume d'Anjou indiquée plus tard sous le nom de *Coutume glosée :* il est certain dès-lors que la prohibition du combat judiciaire en matière civile, qui résultait des Établissements de 1270 pour la prévôté de Paris, pour l'Orléanais, la Touraine et l'Anjou, avait été suivie, dans cette dernière province, immédiatement après la promulgation des Établissements. Si, donc, les anciens usages contenaient des dispositions relatives au duel dans les affaires civiles, ils porteraient avec eux la preuve qu'ils sont antérieurs aux Établissements de Saint-Louis. Or la preuve, à cet égard, est de nature à opérer une conviction complète.

En effet, le § 72 des *anciens usages* est ainsi conçu :

« Il est usage qu'en apiau qui ne passe pas V sols *n'a point gage*

[1] En matière d'accusation de meurtre, le duel est autorisé par les Établissements C. 27, 82, contrairement à l'ordonnance de 1260 sur le duel, dans les domaines du roi.

Digitized by Google

« *de bataille;* et se l'apiau est de *diz ou de plus la desrene* (le « duel) i ssiet, ou puit prendre plège dou serement[1].

Ainsi le principe du duel judiciaire est posé d'une manière générale, en appel, quand la valeur est de dix sols et plus[2]. De même, en matière d'héritage, de volonté dernière exprimée par un homme mort loin du pays, de parjure, le duel est admis par les §§ 15, 48, 46. Mais il y a quelque chose de plus significatif encore à cet égard, c'est l'usage des *champions loués*, ce qui annonce la pratique habituelle et générale du duel judiciaire. Le § 74 porte : « *Il est usage que se aucun demande la cort de bataille qui est juege par champions loeis* (loués), *il la tendra tantot le jor maimes; et si ele est par le cors des quelerèos, il mettra jour avenant à la tenir autre que celui.* » — Le sens de la disposition est bien précis : s'agit-il d'avoir cour de bataille pour des champions loués, ceux-là doivent toujours être prêts à se battre; c'est leur métier; le combat doit avoir lieu le jour même.— S'agit-il d'avoir cour de bataille pour les parties elles-mêmes, on doit prendre jour; il faut se préparer : d'ailleurs la réflexion pourra conduire à *amendement :* et il est usage en Anjou (dit le § 56) que toutes les batailles sont primées par *amendement*.

Je pourrais citer encore d'autres articles sur le duel judiciaire; mais ces exemples suffisent pour prouver que les *anciens usages inédits d'Anjou* respirent la bataille en matière civile ou ordinaire, et que, par conséquent, ils sont antérieurs aux Etablissements de Saint-Louis, qui repoussent le duel et qui, dès l'article premier, constituent la procédure par témoins destinée à remplacer la pratique du combat judiciaire en matière civile. Certes, ce n'est pas là l'ancienne coutume d'Anjou, mentionnée par Pocquet de Livonnière et de Laurière, qui a suivi le progrès accompli dans la législation par Louis IX, qui l'a immédiatement, au XIIIe siècle, transporté et réfléchi dans les usages de la province, et dont le jurisconsulte angevin, qui en possédait l'ancien manuscrit, a constaté l'identité avec les Etablissements de Saint-Louis.

[1] Dans le glossaire qui suit les anciens usages, M. Marnier, dit *Deresne, deresnier, esrenier* : plaider par le duel judiciaire. On trouve dans Ducange, *Diratiocinare per duellum*, V° *Derationare*.

[2] Le § 85 exprime la même prohibition du duel pour 5 sols, sans distinction de jugement, d'appel ou de premier ressort; ce qui prouve bien qu'en première instance il était admis pour une valeur supérieure à 5 sols : § 85, « Il est d'usage que de chose qui ne passe v sols de domages ou de querele que il n'i a point de *desrène* que lour plain sairement. »

Digitized by Google

Donc, les usages inédits publiés par M. Marnier sont antérieurs aux Etablissements, et l'éditeur ne me saura pas mauvais gré, j'espère, de cette opinion, car si mon opinion est fondée, son document en acquiert un nouveau prix pour l'histoire du Droit.

Toutefois, en constatant que les *anciens usages d'Anjou* sont antérieurs aux Etablissements, je ne voudrais pas laisser supposer que leur rédaction remonte beaucoup au-delà.

Il est constant, d'abord, que cette rédaction n'est pas antérieure à l'année 1234, car le § 55 sur les créances des juifs contre les chrétiens et sur la nécessité d'un *bon gage* se rapporte directement à l'ordonnance de 1234, par laquelle Saint-Louis avait, à l'égard des prêteurs juifs, établi les conditions du bon gage : *præceptum est* (dit l'ordonnance) *quod judæi nullum vadium accipiant nisi per testimonium bonorum hominum et fide dignorum* [1].

Il est certain également que cette rédaction n'est pas antérieure à l'année 1246, car le § 76 porte qu'il n'y a pas de *rachat* (droit de mutation ou de succession) de père à fils et de *frère à frère* ; et c'est une ordonnance de mai 1246 qui a formellement établi cette règle, favorable à la succession des frères, pour l'Anjou et le Maine [2].

Quelle est donc sa date probable? — Le § 94 doit nous conduire à la déterminer.

Ce paragraphe 94 porte : « *Il est noveaus commendements dou* « *Roy* que nul ne doit *aumoner* ne soffrir à aumoner *en ses fiez*, « en manière que ses fiez ne ses redevances en descroissent. » — Sur cet article l'éditeur renvoie, par une note, à l'année 1275 et aux ordonnances du Louvre tom. 1er, pag. 303. Ce renvoi est expressif, et, s'il était fondé, il aurait pour effet d'établir que la rédaction des anciens usages d'Anjou devrait avoir eu lieu vers l'année 1275, et serait par conséquent postérieure à celle des Etablissements de Saint Louis, qui est de l'an 1270. Mais que M. Marnier veuille bien examiner de nouveau l'ordonnance de 1275 de Philippe III, et il se convaincra, comme nous, que le § 94 des *anciens usages d'Anjou* ne peut tirer son origine de cette ordonnance. En effet, le § 94 dit que nul ne peut *aumoner* en son fief, et l'ordonnance de 1275 a pour objet de créer des garanties en faveur des églises contre les poursuites des baillis, des vicomtes

[1] Ord. de 1234, art. 3., (Recueil du Louvre, I, p. 54.)
[2] Ord. de mai 1246, art. 4. (Même recueil, I, p. 58.)

Digitized by Google

et autres justiciers au sujet des possessions anciennes que les églises avaient reçues, à titre de don et d'aumône, dans les terres des rois et des barons. Ainsi lorsque le § 94 constate qu'il est *nouveau commandement du roi que nul ne peut aumôner en ses fiefs*, ne peut se référer à l'ordonnance de 1275 qui aura précisément pour but, au contraire, de garantir à l'avenir les églises contre la dépossession des biens anciennement donnés à titre d'aumône, et constituant la diminution du service et des redevances, ou ce qu'on appelait, dans le droit féodal, l'*abrégement de fief* [1].

Il faut donc écarter de la question l'ordonnance et la date de 1275, et rechercher à quelle disposition ou décision *nouvelle* se rapportent les expressions du § 94, *il est nouveau commandement du roi* que nul ne doit aumôner.

Et d'abord, je remarque que le commandement devait être, en effet, bien *nouveau* par rapport aux coutumes d'Anjou, car dans le § 78 se trouve précisément constaté l'usage qu'en Anjou « home peut donner à religion le *tiers* de son fié et la *moitié* dou coutumier. » — Le nouveau commandement du roi était donc une dérogation positive à la pratique suivie dans la province, et la connaissance a dû en arriver aux rédacteurs des anciens usages pendant leur travail de compilation ou d'enquête, puisque au § 78 ils ont constaté d'abord l'usage et le droit d'*aumôner en son fief*, et qu'au § 94 ils mentionnent ensuite le *nouveau commandement* du roi qui *défend d'aumôner*.

Où donc trouver ce *commandement?* — On le chercherait vainement dans le Recueil des ordonnances sous le règne de Saint-Louis; mais nous le trouvons dans les OLIM, sous forme de décision souveraine, rendue en l'année 1269 par rapport à la Normandie expressément réunie, comme l'Anjou, en 1259, par le traité de Saint-Louis et d'Henri III à la couronne de France [2].

[1] La défense d'*abréger le fief* était ancienne dans le droit féodal et elle se trouve expressément reproduite dans la grande charte des barons anglais et du roi Jean de l'an 1215, en ces termes : « Nullus liber homo de cœtero det amplius alicui vel vendat de terra sua quam ut de residuo terræ suæ possit sufficienter fieri domino fendi servitium ei debitum quod pertinet ad feudum illud. » — On sait que cette charte fut renouvelée et jurée, en 1225, par Henri III. (Rymer, acta pars II.)

[2] On sait que saint Louis réunit *expressément* à la couronne la *Normandie*, l'*Anjou*, le *Maine*, la *Tourraine* et le *Poitou*, en laissant au roi d'Angleterre Henri III, le *Limousin*, le *Périgord*, le *Quercy*, l'*Agenois* et une partie de la *Saintonge*, par traité du 13 octobre 1259. (Rymer, *ibid.*)

Digitized by Google

En 1268 une abbaye de Soissons avait été contrainte par arrêt du parlement à mettre hors de ses mains, dans l'an et jour, ce qu'elle avait acquis d'un fief que le seigneur tenait du roi ; et, en 1269, le parlement statua que le fief placé *en main morte* par un seigneur de Normandie, sans l'assentiment du roi et à son préjudice, resterait acquis au roi comme frappé de commise : « *Habito consilio, determinatum fuit et sibi responsum quod ex quo ea posuerot in manu mortua, præter assensum domini regis et in ipsius prejudicium, domino Regi remanerent tanquam commissa* [1]. » Voilà bien en parlement le *commandement du roi* qui défend d'aumôner de fief et qui est sanctionné par une disposition pénale, la *commise*, c'est-à-dire la confiscation.

Ce commandement, nouveau pour les provinces récemment réunies à la couronne, nous permet de fixer la date du document publié par M. Marnier. La rédaction des anciens usages aura été achevée vers l'an 1269. Cette date est importante : elle va nous donner le moyen d'expliquer *pourquoi* les anciens usages d'Anjou ont été recueillis à cette époque.

Une question grave a divisé les meilleurs esprits au sujet des Établissements de saint Louis : c'est celle de savoir si les Établissements sont une œuvre législative promulguée par saint Louis en 1270, au temps de son embarquement pour la Terre Sainte, ou s'ils ne constituent qu'un recueil d'usages divers et d'ordonnances antérieures, sans caractère authentique. La première opinion est celle de Ducange et de Delaurière [2] : M. Beugnot l'a adoptée dans son *Essai sur les institutions de saint Louis*. La seconde est celle de Montesquieu, à laquelle s'est rallié M. Pardessus dans son dernier ouvrage sur *les Institutions judiciaires*. On comprend, d'après le poids de telles autorités en sens différent, combien l'on doit apporter de circonspection dans son avis. Nous ne nous proposons pas ici d'approfondir la question, nous tâcherons de le faire ailleurs [3]. Mais nous pouvons constater, dès ce moment, que les *Anciens usages d'Anjou*, publiés par M. Marnier,

[1] *Olim.*, t. I, f° 174, du manuscrit imprimé *dans les Documents inédits sur l'Histoire de France.*

[2] Ducange est très-explicite à cet égard dans son Épître dédicatoire à Louis XIV et dans sa Préface, en tête de l'*Histoire de saint Louis* par Joinville. — Il est moins affirmatif dans ses observations sur les Établissements.

[3] Dans le 5e volume que nous préparons sur l'*Histoire du droit français*.

Digitized by Google

fournissent un argument favorable à l'opinion soutenue par les savants du XVIIe siècle et par M. Beugnot. En effet, on doit distinguer deux éléments dans la composition des Établissements de saint Louis : d'une part, des dispositions empruntées au droit romain et aux décrétales; d'autre part, des dispositions qui concernent le droit féodal et coutumier. Sur le premier point, M. Beugnot présente comme une opinion très-probable que la rédaction appartient aux hommes instruits que saint Louis avait placés dans la Cour de parlement; sur le second point, il prouve avec certitude que saint Louis avait donné mandement à ses baillis « de faire enquête sur les diverses coutumes de leur ressort en appelant plusieurs hommes sages à dire, sous serment, ce qu'ils savaient des coutumes de leur pays, de rédiger le tout, de le clore du sceau des enquêteurs et de l'*envoyer au Parlement.* » Le mandement se trouve dans le *Cartulaire de saint Louis*, qui s'étend de 1234 à 1264 [1].

Dans ce système, qui est fondé sur un acte authentique émané du roi Louis IX, le parlement, chargé de la rédaction des Établissements, aura combiné les divers usages ou enquêtes, et composé ainsi la partie féodale et coutumière du recueil promulgué sous le nom d'*Établissements de saint Louis.*

Eh bien, nous avons tout lieu de penser que les *Anciens usages d'Anjou*, publiés par M. Marnier, sont une copie du cahier envoyé au parlement pour le Maine et l'Anjou, qui ne faisaient qu'une grande seigneurie et une coutume [2]. Nous avons prouvé plus haut, par les dispositions sur le combat judiciaire en matière civile, que les anciens usages sont antérieurs aux Établissements, et la forme de ce document indique évidemment une enquête. Sur 113 articles il y en a 109 qui commencent par ces mots : *il est usage en Anjou,* ou bien : *il est usage et droit.* Si le travail avait été fait en vue de la province et pour son usage, on n'aurait pas employé à chaque instant les mots : *il est usage en Anjou.* Cette forme indique que le travail était destiné à servir hors de l'Anjou. C'est le procès-verbal d'une commission d'enquê-

[1] *Cartulaire manuscrit de saint Louis* de la Bibliothèque impériale, t. Ier, p. 458. — Ordonnance, recueil d'Isambert, I, p. 358. — M. Beugnot, *Essai*, p. 308. — Ducange, dans l'*Épître dédicatoire* et sa préface, dit que saint Louis fit publier les Établissements dans son Parlement.

[2] Le § 21 parle d'usage uniforme en *Anjou*, en *Poitou* et en *Maine.* Il note une différence en *Touraine*; ce § est relatif aux usuriers.

Digitized by Google

teurs appelés, par suite du mandement royal, à constater *ce qu'ils savent touchant la coutume de leur pays*[1].

En résumé nous croyons pouvoir, sur cette première partie de nos observations, présenter comme suffisamment justifiées les conclusions suivantes :

1° *Les Anciens usages inédits d'Anjou* sont antérieurs aux *Établissements de saint Louis*; résultat prouvé par des dispositions nombreuses et générales sur le combat judiciaire en matière civile et les champions loués;

2° L'antériorité ne peut remonter au delà des années 1234 et 1246, puisque le document renferme des dispositions qui se rapportent directement à des ordonnances rendues par saint Louis à cette double date;

3° La rédaction du document doit avoir eu lieu vers l'année 1269, ainsi qu'il résulte des paragraphes 78 et 94 qui dérogent l'un à l'autre, et de l'expression du paragraphe 94, *nouveau Commandement du roi*, qui est expliquée par une décision souveraine du parlement en 1269;

4° Enfin la forme des *Anciens usages inédits* indique celle d'une enquête sur les coutumes de l'Anjou, destinée à être employée au dehors, comme l'enquête d'usages ordonnée par le mandement du roi saint Louis.

§ II.

Maintenant que l'antériorité de la rédaction des *Anciens usages* sur celle des *Établissements* est marquée, il faut apprécier le document en lui-même; il faut apprécier sa valeur juridique comme document relatif au droit féodal et coutumier de l'Anjou, avant l'application des Établissements de saint Louis dans la Province.

C'est là qu'est, pour le droit, l'intérêt vraiment historique du manuscrit livré aux investigations de la science.

I. Et d'abord je suis frappé d'un rapport très-remarquable avec quelques dispositions contenues dans les *Formulæ andegavenses*, monument de droit gallo-romain et gallo-franc, que Mabillon a publié sur un manuscrit du VIIIe siècle, et dont M. de Rozière a donné une nouvelle édition bien plus correcte, sur le même manuscrit de Weingarten et de Fulde.

« Il est usaige et droiz (dit le § 1er des *Usages d'Anjou*)

[1] Termes employés dans le mandement de Louis IX.

Digitized by Google

« que se contenz est de II segneurs de terre sur chemin com-
« mun, ou sus pêcherie d'*eiues* (d'eaux) ou sur *bonnes* (bornage)
« de terre, que la *jurée dou pais* doit venir desus, et ce que il en
« diront par *leur sairement en portera fin;* quar II tesmoing ne
« III n'en seroient pas creuz de tel chose, ne droit ne si acorde-
« roit pas pour le péril qui i porroit estre. » — Ainsi en matière de bornage de terres, c'est la *jurée* du pays, c'est-à-dire ce sont les *co-jurateurs* qui décident par leur serment : mais deux ou trois témoins ne suffisent pas, ils doivent au moins être quatre cojurateurs ; le nombre *quatre* était le moindre pour constituer jugement. « Si tu n'avais (dit le conseil de P. de Fontaines) que quatre hommes, si convarroît-il qu'ils jujassent [1] ». Cela posé, qu'on relise la formule 28 des *Formulæ andegavenses :* il s'agit d'un homme qui est interpellé comme ayant fait un fossé sur une terre ; les parties sont présentes sur le lieu indiqué : l'interpellé déclare qu'il a fait fossé sur sa terre, à lui. Les voisins sont amenés sur le lieu même, et alors le défendeur doit se justifier par la *quatrième main* (c'est-à-dire par quatre cojurateurs) qu'il n'a point mal à propos pratiqué le fossé, et s'il peut faire cette justification, il reste en sécurité pour l'avenir : « Vicinis circa-
« manentis de ipsa condita *mano sua quarta*, excusare deberit
« quod terra sua male ordine nunquam *fossadasset* [2] ». Le rapport n'est-il pas frappant sur la procédure suivie et sur le nombre des cojurateurs? Du reste, ceux que les *Anciens usages d'Anjou* qualifient en certains articles de *sages hommes*, les *Formulæ andegavenses* les appellent *boni homines;* et plusieurs litiges sont soumis aux *sages hommes* ou *prud'hommes* des Usages, comme aux *boni homines* des Formules [3].

Il n'y a donc pas de doute que les *Anciens usages de l'Anjou* ne retiennent quelques-unes des traditions attestées par les formules angevines des VIe et VIIe siècles. Mais de cette époque au XIIIe siècle, le temps a marché. Les coutumes se sont modifiées pour l'exercice de la justice sous l'empire de la féodalité ; et les usages de l'Anjou mettent à chaque instant la *Cour de Bataille*

[1] P. de Fontaines, *Cons.*, c. XXI, §§ 36 et 37. *Edit. Ducange*, § 29 ; *édit. Marnier.*

[2] Form. andeg., XXVIII. — *Condita* signifie *locus territorium*, et les *vicini de condita* sont les voisins du bourg ou du village, qui forment la *Jurée du pais.* (V. Ducange, vo *Condita.*)

[3] Formulæ andeg. V. ante *Bonis hominibus* convenit.

Digitized by Google

où les formules mettaient la *Curie de la Cité*[1]; et cependant il reste encore une empreinte de la vieille prédomination de la Cité dans le § 105, où l'on trouve la supériorité de la juridiction municipale sur celle du château. La disposition est digne d'être relatée : « Il est usage que le jugement qui est contenduz « à la cité ne puist pas estre reuoez (revu) au chastiau, et se il « est contenduz au chastiau il *puit estre amendez à la cité*[2]. »

Les usages se sont aussi notablement transformés pour les rapports de droit privé. — Dans les formules angevines, le futur donne à sa fiancée, devant la curie, à titre de dot (*dotem ex more gestis municipalibus scriptam*), des biens meubles et immeubles, sans limitation de part, pour qu'elle les reçoive en son droit du jour des noces[3].—Dans les anciens usages d'Anjou, « gentilhome peut *doër* sa fame à la porte du moustier (de l'église) dou *tiers* de sa terre : [4]» ici l'église remplace la curie, le douaire remplace la dot, et le douaire est limité au *tiers* du bien. Cette limitation a été adoptée par les Établissements de saint Louis contrairement à l'ordonnance de 1214, par laquelle Philippe-Auguste avait fixé le douaire coutumier à la moitié[5]. Mais, en définitive, la coutume de Paris retint la règle première de la moitié, tandis que la fixation du tiers, qui avait été faite par le roi d'Angleterre, Henri II, duc d'Anjou, se maintint dans les provinces qui avaient dépendu de la couronne d'Angleterre : et, pour la quotité du douaire ou la différence du tiers à la moitié, la distinction s'est perpétuée entre les provinces situées en deçà et celles situées au delà de la Loire[6].

II. Nous prendrons notre second point de vue, pour apprécier les anciens usages d'Anjou, dans les Établissements de saint Louis eux-mêmes et dans les rapports ou les différences qui peuvent exister, sur les points les plus importants, entre ces deux monuments juridiques du moyen âge.

[1] La *Curia Andecavis civitate* apparaît très-fréquemment dans les formules.

[2] Anciens usages inédits d'Anjou, § 105.

[3] Formulæ andegav., I, §§ 3 et 4.

[4] Usages inédits d'Anjou, § 42.

[5] Établissements de saint Louis, art. 11, 12, 13, 14 et 131. *Tiers en douère.* — P. de Fontaines, ch. XXI, art. 52 (édit. de Ducange 45) [édit. Marnier], mentionne l'*Establissement du roi Philippe.*

[6] V. *Cout. d'Anjou*, art. 299; *Cout. du Maine*, art. 313; *de Tours*, art. 326; et Pocquet de Livonnière, *Règles de droit*, p. 218.

Digitized by Google

En les comparant dans leur ensemble on trouve les Anciens usages souvent en rapport, mais quelquefois en opposition avec les Établissements.

Commençons par les dispositions conformes.

D'après les usages de l'Anjou « li filz de l'ome cotumer (roturier) n'a point de *bail* (de tuteur aux biens ou curateur) ; il s'en peut aler au quelque il voudra [§ 4]. » — De même dans les Etablissements, titre de *Bail en vilenage*, « nul home coustumier n'a *baillie* d'autrui enfant. » — Mais après avoir posé la même règle, les Établissements donnent des développements qui atténuent ce qu'il y a de trop absolu, et ils reconnaissent que celui qui doit avoir le retour de la terre *pourrait bien tenir les enfants s'il lui convient mieux* [1]. Cette disposition *facultative* ajoutée par les Établissements à la règle unique de l'Anjou, que *le fils du roturier n'a pas de bail*, indique un procédé de rédaction qui empruntait aux usages, mais en modifiant quelquefois les règles, selon certaines vues d'amélioration.

Le rapport entre les dispositions sur le droit des époux aux conquêts de communauté est remarquable. C'est à la fois un droit de communauté et de survie, de propriété et d'usufruit. Les Usages d'Anjou portent (§ 28) : « Il est usage et droit entre home et sa fame que *qui plus vit plus tient ;* et tient les achaz et les conquestes. Et fera cil qui plus vit, de sa *partie* son volenté ; l'autre *partie* emprès sa mort revendra au lignage au mort... » — Les Établissements ont évidemment suivi les usages ; ils disent : « Se un home ou une fame achetaient terre ensemble, « *cil qui plus vit si tient* sa vie les achaz ; et quand ils seront « morts *ambedui* si retourneront li achaz l'une moitié au lignage « devers l'home et l'autre moitié au lignage vers la fame [136].

Les Usages portent (§ 43) que « gentilhome peut aumôner (donner) de sa terre *tierce partie* sans contenz [2]. » — De même les Établissements statuent que « gentilhome peut bien donner *le tiers de son héritage,* qu'il ait enfanz ou non. » [I, ch LXIV.] Il n'y a de discussion possible entre enfants, que la *quéréle des dons démesurés.* — Mais quand il s'agit de coutumiers ou roturiers,

[1] Établissements, I, ch. CXXXVII. Il est à remarquer que cette disposition facultative exclut, à l'égard des roturiers, l'incompatibilité du *bail* de la terre et de la *garde* de la personne que déclarent les Établissements à l'égard des *nobles*, ch. CXVII. Voir ci-dessous, p. 155.

[2] Conseil de P. de Fontaines, ch. XXXIV, §§ 15 et 16.

Digitized by Google

le père ne peut faire à ses enfants une *part moindre* d'héritage et de meuble ; et cette distinction du droit entre les nobles et les roturiers qui impose l'égalité absolue dans les successions roturières en ligne directe, est aussi remarquable dans les deux monuments sous le rapport de la forme que par l'identité du fond[1].

Les Usages portent (§ 69) que « l'héritage du *frère puisné* quand il meurt sans heir vient aux hiers de l'aîné. » — De même les Établissements posent le principe que « toutes eschoites qui aviennent entre frères si sont à l'aisné. » (I, ch. XXI.)

Les Usages contiennent le principe important qu'en matière de retrait, la famille doit être préférée au seigneur, ou, en d'autres termes, que le *Retrait lignager* est exercé de préférence au *Retrait féodal* ; — le même droit se retrouve dans les Établissements de saint Louis, et la même règle s'est perpétuée dans les nouvelles coutumes de Paris et d'Anjou[2].

Le droit de viduité au profit du mari est également reconnu dans les Usages et dans les Établissements[3]. Mais ce qui me paraît plus remarquable que le fond même de la disposition, à cet égard, c'est la forme qui reproduit des expressions caractéristiques : « Il est usage en Anjou (dit le § 34) que home tient les héritages de sa fame, *puisqu'il a eu* (lorsqu'il a eu) *heir qui eit crié et brait.* » — Les Établissements disent : « *pour que* (pourvu que) il en eut *hoir* qui *eit crié et brait* ». La rédaction des Établissements empruntait évidemment ici les expressions employées par les anciens Usages ; mais d'après le texte de l'Anjou, il pouvait y avoir équivoque dans la nature du droit du mari, l'article disant que home *tient les héritages* de sa femme ; et, pour faire cesser le doute, les Établissements ajoutent : « tient, *sa vie*, les héritages de sa femme, » afin de bien indiquer qu'il ne les possède qu'à titre *d'usufruit*. — On voit, d'après ces observations, quels sont les procédés d'emprunt, de rédaction, de correction qui lient la partie coutumière des Établissements aux Usages antérieurs de l'Anjou.

Nous ne pousserons pas plus loin cette comparaison sur la conformité des dispositions ; il suffit de prouver que la similitude existe dans le fond et souvent dans la forme sur les points les

[1] *Usages d'Anjou*, § 104. — *Établissements*, I, ch. CXXXII.
[2] *Usages*, § 33. — *Établissements*, I, ch. CLVII. — *Cout. de Paris*, tit. I, art. 22. — *Cout. d'Anjou*, art. 347.
[3] *Usages*, § 31. — *Établissements*, I, c. XI.

Digitized by Google

plus importants qui concernent la constitution personnelle et ré elle de la famille féodale et coutumière, partie fondamentale du droit.

Faut-il s'étonner de cette conformité d'usages entre l'Anjou, l'Orléanais et la prévôté de Paris? — Elle s'explique non-seulement par le voisinage des régions territoriales, mais par une raison historique tirée d'un antique rapport de seigneurie et de juridiction. Le premier comte d'Anjou, Robert le Fort, était aïeul de Hugues le Grand, comte de Paris, et bisaïeul paternel de Hugues Capet, qui réunit à la couronne le duché de France, le comté de Paris, l'Orléanais et les possessions patrimoniales qu'il possédait dans la Touraine et l'Anjou. Le comté d'Anjou lui-même, possédé alors par Geoffroy Ier, ne fut pas réuni ; mais il était originairement de mouvance du duché de France. En 978, Geoffroy Ier avait reçu du roi la charge de grand-sénéchal, et dans le XIe siècle, du temps du roi Robert, la sénéchaussée de France fut attribuée au comte d'Anjou, Geoffroy II, à raison des services rendus à la royauté [1]. Or, le sénéchal de France, jusqu'à la fin du XIIe siècle, jusqu'à la création des baillis royaux, en 1190, avait la suprématie de juridiction sur tous les prévôts ou juges des villes ou contrées dépendant du domaine de la Couronne. Le sénéchal était obligé, chaque année, de faire une tournée ou de tenir ses assises de justice dans les prévôtés du domaine royal [2]. Le comte d'Anjou avait donc ainsi la charge qui pouvait répandre et faire prévaloir l'esprit des coutumes angevines et exercer une grande influence sur la jurisprudence féodale et coutumière de la prévôté de Paris, de l'Orléanais, de la Touraine. Par là s'expliquent tout naturellement les rapports ou la conformité des anciens Usages entre les provinces et l'Anjou.

Passons aux dispositions contraires ou différentes.

Les différences me paraissent venir de plusieurs causes qui suffisent pour les expliquer juridiquement.

[1] Robertusr ex Franciæ dedit Galfrido (II) comiti andegavensi *propter adjutorium quod ei impedit, hanc senescaliam* vel ut antiquitus dicebatur, *majoratum domus regiæ* (*Specilegium*, Dachery, t. III, p. 156, et Hévin sur Frain, I, p. 369). Le sénéchal (major domus, comes palatii et rerum privatarum) recevait un fief pour sa charge, et le comté d'Anjou était le fief du sénéchal, ou la sénéchaussée de France. (V. un procès-verbal *de Majoratu et senescalia Franciæ* dans *Duchesne*, t. IV, p. 328.)

[2] Brussel, *Usages des fiefs*, p. 372, 508, 522, 629; et mon 4e volume de l'*Histoire du droit français*, p. 59 et 110.

Digitized by Google

Le § 61 des Anciens usages d'Anjou porte : « Il est usage et « droiz que *toz commandement* de Roy ou de Roine ou de Prince « *vaut juegement*, et sur ce ne siet point de pleit. » — Ce n'est pas là l'esprit de la royauté française du moyen âge. L'abbé Suger avait écrit dans la vie de Louis le Gros : « Le Roi ne doit pas transgresser la Loi, car le Roi et la Loi puisent à la même source la majesté du commandement ; *dedecet regem transgredi legem, cum et Rex et Lex eamdem imperandi excipiant majestatem*[1]. » Beaumanoir, dans ses coutumes de Beauvoisis (chap. XXXV) dit bien, à la vérité, que « Ce che qui plest au Roi à fère, doist être tenu pour Loi[2] ; » mais il limite ensuite (chap. XLIX) le sens trop absolu de la maxime en ajoutant : « pourvu qu'il ne soit pas fet « *contre Dieu* ne contre *bonnes meurs*, car s'il le fesoit, *ne le de-* « *vroient pas si souget soufrir*[3]. » Il va ainsi jusqu'à reconnaître formellement le droit de résistance. — Les Établissements de saint Louis déclarent que le Roi n'a pas de souverain en choses temporelles et qu'il *ne tient de nulni que de Dieu et de lui :* mais c'est une maxime d'indépendance vis-à-vis du saint-siège et une règle de juridiction ; ce n'est pas une base pour l'arbitraire. Les Établissements, quant à la juridiction, en concluent que l'on ne peut appeler du jugement du Roi ou de sa cour, parce que celui qui appellerait ne trouverait pas *qui lui fît droit* ; et ils reconnaissent expressément que « le Roi ne dessaisit personne mais enquiert de son droit loyalement et *de l'autrui esgarde droit à soi et à autrui*[4]. » Il n'y a rien là qui ressemble à l'arbitraire érigé en principe par la disposition de la coutume d'Anjou que *commandement de roi, de reine ou de prince vaut jugement*[5].

[1] Sugerius, *Vita Ludovici Grossi* n° 15 ; D. Bouquet, *Hist.-Franc. script.* T. IV, p. 296.

[2] *Cout. de Beauvoisis*, édit. Lathaumassière, p. 193.

[3] *Ibid.*, p. 267.

[4] *Établissements*, I, ch. XV, p. 269.

[5] En France, les édits de 1302, 1318, 1344, 1348 et 16 novembre 1418, ont fait et réitéré au chancelier la défense de sceller *aucunes lettres* contre les ordonnances et jugements et aux gens des comptes de *les retenir, si par erreur aucunes en passaient devant eux*. La maxime sur le droit absolu de la royauté s'est établie au XVIe siècle. On la trouve en tête des institutes coutumières de Loysel : *Si veut le Roi, si veut la loi*. — Loysel, en reproduisant à peu près la règle de Beaumanoir, a omis la limitation apportée par l'écrivain du XIIIe siècle. De Laurière, qui écrivait son commentaire sur Loysel en 1708, entend la maxime dans le sens du pouvoir absolu comme soumettant *la loi au roi*. Mais Delaunay, le premier professeur de droit français, nommé par

Digitized by Google

Cette disposition, recueillie par *les Anciens usages*, venait sans doute de la maxime anglo-normande *Ex Deo Rex, ex Rege lex*, contre laquelle a été stipulée la grande charte de 1215, imposée aux rois d'Angleterre et si souvent jurée, violée et réclamée jusqu'à ce qu'elle ait enfin pris possession des mœurs [1].

En Anjou, dans le Maine et en Poitou, d'après le § 21 des anciens usages, les meubles de l'usurier qui meurt sont *au roi* ; — d'après les Établissements (I, c. LXXXVI), les meubles doivent être *au baron* : d'où il résulte que les rois d'Angleterre avaient établi dans leurs possessions françaises un *droit de confiscation* que le roi n'exerçait pas en France. Les Établissements, sous ce rapport, étaient conformes aux coutumes de Beauvoisis et d'autres contrées [2]. — Même différence à l'égard de l'aubain : dans les usages d'Anjou les meubles sont *au roi* ; dans les Établissements, *au baron*. Les usages disent : « Il est usage que si home aubain vient en la vile et muere de denz l'an et jour, sans faire segnor, le meuble est *le roi* (§ 22). » — Les Établissements, dans une forme d'expression analogue, malgré la différence du fond disent :

Louis XIV, écrivant en 1688 son commentaire sur le premier livre de Loysel, n'avait pas donné à la maxime le sens favorable au pouvoir absolu du Roi. Il avait eu assez d'indépendance d'esprit pour exprimer une pensée plus conforme au droit public du moyen âge. Il avait dit : « Nos institutes coutu« mières nous donnent à entendre que *la loy est la volonté du Roy*, et non « pas que la *volonté du Roy soit loy*. » (*Commentaire sur les institutes coutumières*, par Delaunay, professeur royal de droit françois, 1688, p. 11.)

Il faut voir aussi la nouvelle édition de Loysel, par MM. Dupin et Laboulaye, sur la règle première. — A ce sujet, on rapporte une anecdote bonne à recueillir. M. Dupin offrait personnellement la nouvelle édition de Loysel à S. M. Louis-Philippe : — « Ah ! oui, je le connais, dit Louis-Philippe en souriant, c'est l'auteur qui donne la règle *si veut le Roi, si veut la loi* : — Oui, Sire, répliqua M. Dupin, mais il faut lire mon commentaire. » (Et le commentaire, on s'en doute bien, détruit la règle.)

[1] La grande charte jurée par Jean Sans Terre, et ensuite répudiée, a été jurée en 1225 par Henri III, et abandonnée dans la sentence que Louis IX rendit entre le roi et les barons d'Angleterre en 1263. Saint Louis reconnut le plein pouvoir du roi : « *item* dicimus ordinamus quod dictus rex *plenam potestatem* et liberum reginem habeat in regno suo, et ejus pertinentii et sit in eo statu ; et *in ea plenaria potestate in omnibus et per omnia*, sicut erat ante tempus prædictum. » (Rymer, *acta*, II, p. 33 ; Dictum Regis, art. 8.) — Isambert, ord. I. 301.

[2] Les usages d'Anjou constatent l'usage en faveur des barons dans la Touraine ; Beaumanoir, *des Usures*, reconnaît le droit au profit de *Chil qui tient en Baronnie*. (*Cout. de Beauvoisis*, ch. LXVIII.)

Digitized by Google

« Et il ne face seigneur dedans l'an et jour.... Et se était aventure qu'il mourust, tuit ses meubles seraient *au baron.* » — Ainsi le droit de la royauté avait prévalu, dans les possessions anglaises, pour le droit d'aubaine ; et ce n'est que postérieurement aux Établissements de saint Louis, qui reconnaissent le droit des barons en France, que le droit d'aubaine devint, en France aussi, un droit de la Couronne.

Voilà donc une première cause de différence entre les Anciens usages de l'Anjou et les Établissements de saint Louis ; c'est la prédomination des droits de la royauté qui a devancé, en Anjou, sous l'influence anglaise, l'action de la royauté française, laquelle n'a pas pris dans les Établissements de saint Louis, et n'a pris que plus tard dans nos coutumes, ce caractère de supériorité sur le droit des barons et des seigneurs féodaux.

2° D'après les Anciens usages d'Anjou (§ 12) : « On ne répont pas à home *escumunié*, pour que il le connoisse. » — D'après les Établissements (I, ch. CXXIII) *tuit escommeniés* sont oïs en *cort laie*, en demandant et défendant ; mais ils ne sont mie oïs en la *cort de sainte église* en demandant. » — La règle *absolue* en Anjou devient dès lors purement *relative* dans les Établissements de saint Louis ; et là on reconnaît l'action d'un pouvoir civil indépendant et réformateur en présence de la juridiction ecclésiastique. — Deuxième cause de différence entre les usages de l'Anjou et les Établissements de saint Louis.

3° Nous avons signalé plus haut des ressemblances entre les deux monuments au sujet du *droit de viduité* en faveur des maris. Mais il y avait, au milieu de ces rapports, une dissemblance qui doit ici être remarquée. Les usages d'Anjou accordent le droit de viduité à *home*, en général, sans distinction d'homme noble ou roturier ; — les Établissements de saint Louis ne l'accordent qu'au *gentilhome*. D'où vient cette différence? Le droit de l'Anjou avait conservé la tradition gallo-romaine et gallo-franque puisée dans le Code Théodosien, titre *de Bonis maternis* et dans le second Capitulaire de Dagobert, formant la loi des Alamans [1] ; — Dans les Établissements, au contraire, on avait suivi le droit le plus récent, le droit purement féodal introduit par la *Cour de baronnie* en faveur seulement des hommes nobles [2].

[1] *Cod. Th.* lib. VIII, tit. XVIII, l. II, avec *interprétation* gallo-romaine. — Lex alaman., c. XCII.

[2] Les Établissements, dans leur titre le plus fréquent, portent dans les

Digitized by Google

Les usages d'Anjou (§ 108) donnent au noble lignager, le plus proche du père défunt, *le bail de la terre et de l'enfant*: c'est la tutelle d'origine romaine qui embrasse l'administration de la personne et des biens; c'est une disposition contraire au droit féodal attesté par les assises de Jérusalem, qui séparait le *bail de la terre* et la *garde de la personne*, parce que, selon les expressions de Philippe de Navarre :

« Ne doit mie garder l'agnel
« Qui en doit avoir la pel[1]. »

Les Établissements de saint Louis ont réfléchi encore sur ce point la jurisprudence féodale de la cour de baronnie au lieu de suivre les usages d'Anjou, et ils ont adopté la séparation du bail et de la garde, en ces termes : « Se il avenait que uns gentihoms morust lui et sa fame et ils eussent hoir, cil que devrait avoir le *retor de la terre* de par le père et de par la mère, si aurait la terre en garde; mès il n'aurait pas la garde des enfants...., car souspeçons est que il ne voulissent pleu la *mort* des enfants que la *vie* pour la terre qui leur escharrait[2]. »

Voilà une troisième source de différence entre les Usages et les Établissements : les traditions gallo-romaines, conservées par les anciens usages d'Anjou, ont été abandonnées pour des règles de droit purement féodal, admises sans doute par la *cour de baronnie*.

Les diversités de dispositions, dont nous venons d'assigner les causes, ont, comme on le voit, de l'importance, et doivent entrer comme une grave considération dans l'appréciation des Usages de l'Anjou par rapport aux Établissements. Mais, qu'on le remarque bien, ces différences, jointes à celle que nous avons constatée dès les premières pages de ce mémoire sur le combat judiciaire en matière civile, tiennent surtout aux faits de l'ordre politique et juridictionnel; quant au droit des personnes et des choses, de la famille et de la propriété, qui constituent la base la plus large du droit civil, les rapports entre les Usages de

manuscrits selon l'usage de Paris, d'Orléans, etc., et la *Cour de Baronnie*. (V. *Ord.*, t. Ier.)

[1] *Assises de Jérusalem*, ch. xx. V. notre 4e volume de l'*Histoire du droit français*, p. 499.

[2] *Établissements*, I, ch. cxvii.

Digitized by Google

l'Anjou et les Établissements de saint Louis, sans être constants, sont intimes et profonds. Avec ces différences et ces rapports, le nouveau document, produit par M. Marnier, nous donne le moyen de résoudre la question que Pocquet de Livonnière avait laissée dans les termes du doute.

Nous avons vu, en commençant, que le professeur en droit de l'université d'Angers disait, en parlant de la conférence qu'il avait faite de la *coutume d'Anjou glosée* avec les Établissements, qu'il n'y avait trouvé presque aucune différence pour la substance des choses. — Evidemment ce jugement ne peut s'appliquer aux *Anciens usages d'Anjou* publiés par M. Marnier. Les différences sont trop grandes pour rendre possible une semblable assimilation. — Pocquet de Livonnière dit ensuite, à l'occasion de la rédaction de 1462, ou que les *Établissements* ont servi de coutume en Anjou, ou que les coutumes d'Anjou en *ont été tirées*. Nous croyons pouvoir être maintenant plus précis que lui dans nos conclusions, et nous disons :

Avant la rédaction des *Établissements de saint Louis* il y avait, en Anjou, des usages qui, sur plusieurs points, étaient conformes aux dispositions qui ont fait partie de ce recueil du XIIIe siècle, mais qui en différaient sur d'autres. — Après la publication des Établissements, ce recueil, promulgué ou non comme loi, mais qui portait le nom vénéré de saint Louis, a été répandu et suivi dans une province qui était régie par des princes de la famille du saint roi : les coutumes d'Anjou alors se sont à peu près confondues avec les Établissements de saint Louis, comme l'atteste la coutume d'Anjou glosée ; et la jurisprudence féodale et coutumière des XIVe et XVe siècles, faisant nécessairement des progrès sous l'influence de la civilisation et des études de droit romain et coutumier, la rédaction du XVe siècle a montré encore des rapports frappants avec les Établissements de saint Louis : mais ceux-ci n'ont pris dans la province d'Anjou une racine aussi profonde, que parce qu'ils avaient eux-mêmes beaucoup emprunté aux coutumes primitives du pays. Le mérite incontestable de la publication faite par M. Marnier, c'est de rendre sensible aux yeux de l'histoire du droit cette antique conformité ; c'est de nous initier de près aux procédés de rédaction employés dans la confection des Établissements, procédés d'emprunt, de correction, de modification. Du reste, il faut bien en convenir, les rédacteurs des Établissements ne choisissaient pas toujours le droit

Digitized by Google

le plus favorable, et l'on a pu se convaincre, par notre analyse, qu'ils faisaient quelquefois prévaloir le droit féodal, orgueilleux et rude, sur des traditions de droit romain ou de droit naturel qui s'étaient conservées dans les anciens usages de l'Anjou.

F. LAFERRIÈRE.

OBSERVATIONS

A PROPOS

DU PROJET DE LOI SUR LA TRANSCRIPTION.

SOMMAIRE.

1. Opportunité du projet de loi qui rétablit la transcription comme moyen de consolider la propriété.
2. Nécessité de combiner la mesure avec les besoins de la pratique.
3. *Des actes et des droits soumis à la transcription.* — Nécessité de les comprendre tous sous un même article, et d'étendre l'obligation par rapport à quelques-uns.
4. .... Spécialement par rapport aux baux.
5. .... Et aux actes portant quittance de loyers ou fermages non échus.
6. *Des actes affranchis de la transcription.* — L'affranchissement est déterminé par la nature du titre ou par la date de l'acte.
7. Dans la première catégorie se placent les testaments : nécessité de le dire dans la loi, et, à l'occasion du testament, de parler de l'institution contractuelle et de la donation de biens à venir.
8. Dans la seconde catégorie se placent les actes du passé. — En *droit*, la loi aurait pu rendre la transcription obligatoire même pour ces actes ; mais *en fait*, la disposition contraire du projet est préférable. — Moyen de remédier aux inconvénients principaux qui en peuvent résulter.
9. *Du mode de transcription.* — Il n'est pas nécessaire d'exiger toujours le dépôt d'une copie entière de l'acte ou du jugement : dans nombre de cas, un extrait doit suffire.
10. Mais dans tous les cas, il faut rejeter les actes sous sein gprivé.
11. Preuve par l'ancienne législation.
12. .... Par les législations étrangères.
13. .... Par les dangers que présente la disposition contraire du projet.

Digitized by Google

14. Cette disposition, d'ailleurs, n'est en rapport ni avec les principes du projet lui-même, ni avec ceux du Code Napoléon.

15. Conclusion : que les actes sous seing privé peuvent être admis tout au plus quand ils sont reconnus ou ont été déposés chez un notaire.

1. Le Corps législatif est saisi d'un projet de loi qui, une fois voté, doit rendre à la propriété foncière le crédit dont elle ne saurait se passer : nous voulons parler du projet sur la transcription.

Il s'agit de réorganiser une formalité extrinsèque qui opère la translation des droits de propriété à l'égard des tiers, et par cela même, sans toucher précisément à la loi hypothécaire, de mettre, cependant, cette loi d'accord avec elle-même, avec le principe de publicité sur lequel elle est fondée.

Avons-nous besoin de dire que c'est là, non point une réforme ou une innovation, mais tout simplement un retour au passé? Non, sans doute. La législation française, jusqu'au Code Napoléon, chacun le sait, avait considéré la publicité des mutations immobilières comme une nécessité sociale, comme un moyen de donner à cette propriété sa valeur réelle dans toutes les transactions, et en même temps de procurer aux familles le repos et la sécurité. Sous l'ancien droit, il y était pourvu par le nantissement, par la réalisation, par les œuvres de loi; sous la législation intermédiaire ce fut par la transcription. Le Code Napoléon, contre le vœu, d'ailleurs, de ceux qui en avaient préparé le projet, rejeta ce principe essentiellement protecteur, en n'admettant la transcription que comme moyen de purger les priviléges et les hypothèques [1]. Et l'on peut dire avec M. Troplong et avec M. Jourdan, que c'est à cela surtout « qu'il faut attribuer et le trouble qui se fait remarquer dans tout le système hypothécaire du Code Napoléon, et l'incohérence qui règne dans plusieurs

[1] Les art. 90 et 91 du projet du Code étaient ainsi conçus : « Les contrats translatifs de propriété que les tiers détenteurs voudront purger des priviléges et hypothèques seront transcrits en entier par le conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés..... — Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été ainsi transcrits *ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur* et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » On peut voir, dans les travaux préparatoires du Code (Fenet, t. XV, p. 386 et suiv.) par quelles futiles considérations cette dernière disposition fut attaquée, et comment la discussion s'étant égarée sur des points secondaires, on en vint à présenter un second projet où cette disposition ne se retrouvait pas. « L'article proposé, dit M. Troplong dans la belle préface de son commentaire sur les hypothèques, ne re-

Digitized by Google

autres de ses parties .» En sorte que, par faveur toute spéciale, le principe fécond que la loi projetée va nous rendre, a pour lui la double consécration d'une expérience heureuse de plusieurs siècles et des regrets fondés qui, depuis 1804, en ont suivi le trop funeste abandon.

2. Mais pour que le rétablissement, trop longtemps attendu, de la transcription comme moyen de consolider la propriété soit efficace, pour qu'il sauvegarde d'une manière complète les intérêts qu'il a pour objet de protéger, il faut que la loi qui le proclame se combine avec des faits ou des nécessités pratiques qui ne sauraient être négligés ou méconnus sans danger. Assurément la lecture seule du projet suffit à faire reconnaître que ces faits, aussi bien que le droit lui-même, ont été présents à la pensée de ses auteurs ; néanmoins, quelques dispositions nous ont suggéré, au point de vue spécial que nous indiquons, des observations qu'on nous pardonnera d'exposer avant que le projet ait reçu sa sanction définitive.

Ces observations, toutes de détail, se rapportent 1° à quelques particularités relatives aux actes et aux droits soumis à la transcription ; 2° aux actes qui en sont affranchis ; 3° au mode de la transcription.

3. *Des actes et des droits soumis à la transcription.* — Dans la pensée des rédacteurs du projet, tous actes entre-vifs et tous jugements translatifs, déclaratifs ou constitutifs de propriété immobilière, de droits réels susceptibles d'hypothèque, d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, ou portant renonciation à ces mêmes droits, devront désormais, ainsi que les baux d'une certaine durée et les actes portant quittance de loyers non échus, être soumis à la transcription. C'est là le résumé des deux premiers articles. Peut-être, en s'attachant à la forme, se demandera-t-on pourquoi les deux dispositions ne sont pas fondues en une seule. On s'explique peu, en effet, que le projet, en distinguant ou plutôt en divisant les actes *translatifs* ou *déclaratifs* de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, et les actes *constitutifs* d'antichrèse, etc., se soit condamné

parut plus par un retranchement fort difficile à expliquer ; car aucune résolution précise du conseil d'État ne le proscrivit. Ainsi donc, l'une des plus grandes questions du régime hypothécaire fut emportée à la faveur d'une omission non motivée, peut-être par suite d'un malentendu ou d'un escamotage ! »

Digitized by Google

à une double énumération, au risque d'être incomplet ou obscur, quand il était simple et naturel de réunir tout en une seule disposition sous cette qualification générique d'actes et jugements translatifs, déclaratifs ou constitutifs de propriété immobilière ou de droits réels, qualification qui dit tout et comprend tout.

Mais au fond, ces premières dispositions de la loi n'en sont pas moins d'une justice parfaite : les droits de propriété et autres dont il s'agit dans ces dispositions affectent d'une manière plus ou moins notable la valeur des biens. Il devenait par cela même indispensable que les tiers en fussent avertis par la voie de la transcription.

Il est à regretter même, à notre avis, que, notamment dans le dernier paragraphe de ces articles, celui qui prescrit la transcription des baux et des actes portant quittance de loyers ou fermages non échus, les auteurs du projet se soient montrés trop réservés. La transcription n'est obligatoire, quant aux baux, que pour ceux dont la durée excède vingt-sept années, et quant aux actes portant quittance de loyers, que pour ceux qui constatent le paiement par anticipation de plus de trois années. Dans l'un ni dans l'autre cas, la protection due aux tiers ne leur est accordée dans une juste mesure.

4. *Des baux.* — Pour que la transcription acquière toute son utilité, il est important qu'elle ne se restreigne pas aux seuls actes translatifs de biens ou de droits emportant hypothèque, comme c'était la règle sous la loi de brumaire an VII ; il faut, disait très-bien la cour de Bastia, dans l'enquête ministérielle ouverte en 1841, qu'elle s'étende à toutes conventions impliquant ces démembrements de la propriété, « sans la connaissance desquels il n'est pas possible d'en dresser un bilan complet : sur ces bases, la transcription rendra publics tous droits à exercer sur l'immeuble, et mettra au grand jour toute clause expresse ou tacite d'éviction ; ce sera le signe infaillible auquel l'acheteur et le prêteur hypothécaire reconnaîtront quel est celui qui a le droit de disposer de la propriété et si ce droit n'est pas limité. » — A ce titre, le bail ne pouvait pas échapper aux prévisions de la loi projetée.

Cependant, le bail ne donne au fermier qu'un droit purement mobilier et personnel. En enlevant à l'acquéreur le droit d'expulser le fermier ou le locataire dont le bail a une date certaine, l'art. 1743 du Code Napoléon ne fait que suppléer une clause que le vendeur de bonne foi aurait stipulée, et à laquelle le vendeur de mauvaise foi n'aurait pas manqué de songer pour se

Digitized by Google

mettre à l'abri du recours dont il aurait pu être l'objet de la part du fermier évincé; mais cet article, malgré l'opinion contraire d'un éminent magistrat[1], n'a pas eu pour effet de modifier le principe de la législation romaine et d'imprimer à la jouissance du preneur le caractère d'un droit réel et immobilier. Ce sont là les idées dominantes, et le projet de loi les accepte pleinement, puisqu'il n'aurait pu voir un droit réel dans le droit qui résulte du bail, sans être conduit à soumettre à la transcription, d'une manière absolue, l'acte constitutif d'un tel droit, ce qu'il ne fait pas, comme nous venons de le dire.

Mais ce qu'il faut bien reconnaître, et ce que le projet de loi a bien reconnu, c'est que lorsqu'un bail est fait pour une certaine durée, son existence déprécie d'une manière considérable la valeur vénale de l'immeuble affermé. Le caractère et la nature du droit ne sont plus alors un motif suffisant d'affranchir l'acte constitutif de la transcription; car, en regard de ce fait particulier, il faut mettre l'intérêt des acquéreurs et des créanciers hypothécaires, qui seraient exposés aux plus fâcheux mécomptes si la situation réelle ne leur était pas révélée.

Toute la difficulté consiste à fixer la mesure dans laquelle les baux seront astreints à la formalité. Le projet de loi, nous l'avons dit, pose en principe que ceux dont la durée excède vingt-sept années y sont seuls soumis. Pourquoi ce terme, et sur quel principe ou sur quelle base est-il établi? Nous avons vainement cherché à nous rendre compte de cette disposition. Peut-être s'est-on préoccupé de la question de frais. Mais qu'on y songe, ces frais, si on les calcule d'après le mode admis pour la transcription, seront d'une très-minime importance; et quand on ne recule pas à les imposer aux ventes, même à celles si nombreuses, en France, dont le prix s'élève à peine à 5 ou 600 francs, on n'aperçoit vraiment pas pourquoi on hésiterait à en grever les baux, qui, aussi bien et mieux que ces ventes si modestes dont nous venons de parler, peuvent les supporter.

Or, cette objection écartée, nous n'en voyons pas d'autre, et la durée de vingt-sept ans reste pour nous comme le résultat d'une appréciation purement arbitraire.

[1] V. M. Troplong, de la *vente*, n° 321 et du *louage*, n°s 5 à 20 et 473 et suiv.

Digitized by Google

Il y a, pour fixer la durée après laquelle les baux doivent être rendus publics, des règles certaines que la loi elle-même consacre, et que les traditions anciennes, non moins que les précédents les plus récents, signalent à l'attention du législateur.

Ainsi, dans les principes de la législation actuelle, l'usufruitier, le tuteur, le mari ou tout autre administrateur, ne peuvent pas donner à bail l'immeuble dont ils ont l'administration ou la jouissance pour une période excédant neuf années. Voilà, selon nous, la règle qu'il serait juste de prendre pour base. Et pourquoi, en effet, ce bail de dix, de quinze années, qu'un administrateur ou un usufruitier va faire, sera-t-il en même temps et à la fois un acte obligatoire et un acte sans valeur, obligatoire pour le créancier ou pour l'acquéreur, sans valeur, au moins dans une certaine mesure, pour le nu propriétaire, pour la femme ou pour la pupille? Est-ce que tous, nu propriétaire et créancier, pupille et acquéreur, n'ont pas des intérêts identiques?

Ces divergences sur des points qui se relient entre eux par l'affinité la plus étroite ne doivent pas exister dans la loi; et puisque le législateur a donné la mesure hors de laquelle la propriété ne doit pas être grevée ou privée de son domaine utile au préjudice du propriétaire qui n'en a pas momentanément l'administration ou la jouissance, il convient d'adopter cette même mesure comme celle au delà de laquelle les créanciers hypothécaires ou les acquéreurs cesseront d'être liés s'ils n'ont pas été avertis par la transcription.

Aussi bien tous les précédents sont favorables à cette solution. Déjà, en remontant aux traditions les plus anciennes, on peut voir que les baux consentis pour une durée de plus de *neuf* années étaient considérés comme affectant et dépréciant tellement la valeur vénale, qu'on ne les distinguait pas de la vente elle-même. « Une ferme qui passe neuf ans *accuelt vente,* » porte l'art. 12 d'une ordonnance rendue en 1315 par Jean III, duc de Bretagne; et c'était la reproduction d'une disposition semblable contenue dans les coutumes de Laon, de Châlons, de Reims, d'Auxerre, de Meaux, de Chaumont qui ordonnaient de percevoir le droit de vente sur les baux excédant neuf années. Nous savons bien que cette confusion entre le bail et la vente avait alors sa raison d'être dans l'intérêt du seigneur, à cause des

Digitized by Google

droits qu'il prélevait sur toutes les mutations du domaine utile, et nous savons aussi que cette confusion avait fini par se dissiper. (V. ce que nous avons dit, à cet égard, v° *Enregistrement*, n°s 3001 et suiv. au répertoire de MM. Dalloz.) Mais enfin le terme de neuf années auquel on s'était arrêté n'en reste pas moins très-caractéristique, rapproché surtout des principes du Code, suivant lequel ce même terme est la limite extrême que le bail ne peut dépasser sans cesser d'être un acte d'administration.

Et puis, en descendant tout à coup jusqu'à nos jours, nous avons comme précédents, au point de vue même de la transcription dont nous nous occupons, en Belgique, la loi récemment promulguée (le 16 décembre 1851) sur la révision du régime hypothécaire, et, en France, les données fournies par l'enquête ministérielle de 1841. En effet, la loi belge, après avoir posé en principe, dans l'article premier, que tous actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, seront désormais transcrits et qu'ils ne pourront jusque-là être opposés aux tiers qui auront contracté sans fraude, ajoute, dans le même article, qu'il en sera de même « des baux *excédant neuf années.* » Et en France, lorsque les cours et les facultés ont été consultées, en 1841, c'est aussi l'idée qui domina. Quelques-unes allèrent jusqu'à demander la transcription pour les baux dont la durée excéderait un certain laps de temps (Nancy, V. les doc. hyp., t. I, p. 345, n° 49) ou une année (cour de Metz, n° 47, p. 257), ou trois ans (Agen, n° 134, p. 124), ou celle d'un bail verbal (faculté de Paris, p. 439, n° 62), ou les limites consacrées par l'usage (faculté de Dijon, n° 60, p. 427). Mais, en général, celles qui s'occupèrent de la question, pensèrent que le bail devrait être soumis à la publicité dès que sa durée excéderait neuf années. (Cour de Bastia, p. 153, n° 38; de Dijon, p. 221, n° 42; de Douai, p. 238, n° 436; de Grenoble, p. 243, n° 43; de Montpellier, p. 273, n° 48; de Poitiers, p. 377, n° 54; de Riom, n° 50, p. 382; faculté de Caen, n° 55 p. 411; de Poitiers, n° 63, p. 464, et de Strasbourg, n° 65, p. 496). La cour de Paris en portant la durée à 18 ans pour les héritages ruraux, s'arrêta aussi à celle de 9 ans pour les maisons (n° 52, p. 365).

Tant et de si graves précédents ne seront pas perdus, nous en avons l'espoir, pour les auteurs de la loi projetée. L'intérêt de la propriété y est vivement engagé, puisqu'il n'est pas d'acte qui, plus qu'un bail, affecte et déprécie la valeur vénale des biens. Et si,

Digitized by Google

d'un autre côté l'on songe qu'il n'y a pas d'acte non plus qui, mieux que le bail, puisse seconder la fraude, peut-être en viendra-t-on à penser qu'il est prudent et sage d'accorder la sauvegarde de la publicité à l'égard de tous ceux dont la durée dépasse celle qu'indiquent l'habitude et les règles ordinaires.

Cela fait, il restera un point complémentaire à déterminer. Si le bail excède neuf années, le défaut de transcription aura-t-il pour effet d'empêcher qu'il soit opposé aux tiers d'une manière absolue ? ou bien le locataire pourra-t-il s'en prévaloir au moins jusqu'à la durée de neuf années, et soutenir que c'est pour la dixième année seulement et les années ultérieures, que l'acte est sans valeur vis-à-vis des tiers ?

A cet égard, on trouve le principe de la solution dans les dispositions du Code Napoléon qui réduisent dans les termes des baux d'administration ceux qui sont faits pour une plus longue période, par le mari et par les autres administrateurs. La loi belge, dont nous parlions tout à l'heure, a pris pour base, dans ce cas, une disposition spéciale du Code Napoléon; elle a dit, dans le paragraphe final de l'art. 1 : « Si les baux n'ont pas été transcrits, la durée en sera réduite conformément à l'art. 1429 du C. civ. » Ainsi, le bail n'est obligatoire, en Belgique, que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde et ainsi de suite, de manière que le fermier n'a que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. Nous croyons que cette règle pourrait être suivie.

5. *Des quittances de fermages non échus.* — Les mêmes considérations qui ont fait déclarer les baux sujets à la transcription devaient y faire soumettre les actes portant quittance de loyers ou de fermages non échus. Un immeuble dont le revenu est aliéné est considérablement déprécié, et peu de personnes se déterminent à acheter un bien qui doit rester improductif pendant un espace de temps plus ou moins considérable. Il importe donc que la transcription rende publique une pareille situation. Les auteurs du projet l'ont compris à merveille, et, après avoir rendu la transcription obligatoire pour les baux d'une durée de plus de vingt-sept années, ils ont voulu qu'il en fût de même à l'égard de « tout acte entraînant, même pour bail de moindre durée, quittance de plus de trois années de loyers ou fermages non échus. »

Digitized by Google

Sous le rapport du principe, l'intérêt de la propriété est reconnu, et nous remarquons même qu'il y a, dans le projet soumis au Corps législatif, quelque chose de mieux et de plus efficace que dans la loi belge. En effet, en Belgique, les quittances de loyers non échus paraissent ne devoir être transcrites qu'autant qu'elles sont contenues dans le bail. «.... Seront transcrits...., dit l'art. 1 de la loi, les baux excédant neuf années, *ou contenant quittance* d'au moins trois années de loyers.... » D'où suivrait que si, après avoir consenti un bail, le propriétaire donnait, par un acte séparé, quittance de deux, trois ou d'un plus grand nombre d'années de loyers non échus, ces quittances pourraient n'être pas transcrites et n'en être pas moins opposables aux tiers, sauf, comme dans tous les cas, la preuve du dol ou de la fraude. On comprend tous les dangers que cet état de choses peut créer. Ces dangers sont sagement évités par la disposition du projet qui exige la transcription, d'une manière générale, *pour tout acte* entraînant quittance, et par conséquent, non-seulement pour les quittances contenues dans les baux, mais encore pour celles que tout autre acte quelconque pourrait constater.

Cependant, si à ce point de vue l'intérêt de la propriété est reconnu, il ne nous paraît pas qu'il lui soit donné une protection suffisante. Pourquoi la transcription n'est-elle obligatoire que pour les quittances de plus de trois années? Nous voyons bien que c'est là le terme pris par la loi belge; mais, d'un autre côté, nous trouvons une disposition autrement protectrice dans le Code de procédure de Genève, dont l'art. 626 veut qu'en matière d'expropriation, les paiements anticipés de fermages ne puissent être opposés à l'adjudicataire que pour le *terme courant*, d'après la loi ou l'usage.

Puis, si nous laissons à part les législations étrangères, si nous nous référons à ce qui se passe chez nous, nous avons des données précises et positives dans l'avis émis par les cours et les facultés consultées en 1841. Quelques cours demandèrent la transcription pour les quittances de plusieurs années sans préciser (Riom, Doc. hyp., t. I, n° 56, p. 392), ou de plus de deux années (Grenoble, n° 43, p. 243). Mais la généralité s'arrêta au terme de plus d'une année (Montpellier, n° 48, p. 273; Paris, n° 52, p. 365; Poitiers, n° 54, p. 577; et faculté de Caen, n° 59, p. 411). Quelques-unes même allèrent jusqu'à proposer de soumettre à la transcription toute quittance de loyers non échus,

Digitized by Google

sans limite aucune de temps (Agen, n° 34, p. 124; Bastia, n° 38, p. 153; Dijon, n° 42, p. 221), ou pour un temps excédant les usages reçus (Douai, n° 43, p. 238).

Ainsi c'est l'anticipation d'une année qui avait prévalu, et il nous semble que la disposition projetée pourrait être modifiée en ce sens.

On a objecté, il est vrai, « qu'il peut être convenable à un propriétaire, et nécessaire aux besoins de ses spéculations, d'obtenir, par la voie du paiement anticipé du fermage, un capital immédiatement disponible; que c'est souvent le moyen d'éviter un emprunt onéreux; que l'anticipation est quelquefois dans l'intérêt commun du bailleur et du preneur, par exemple, lorsque les immeubles sont situés à une grande distance du domicile du bailleur, et que la perception annuelle des fermages ne pourrait se faire sans difficulté, ou sans exiger l'intervention de mandataires. »

Ces objections se produisirent devant la cour de Montpellier, en 1841; et la cour y répondit, à notre avis, de la manière la plus péremptoire. « Si les paiements anticipés, dit-elle, se présentent avec cette faveur, c'est lorsqu'il n'y a pas désordre dans les affaires du bailleur, et contradiction entre ses intérêts et ceux de ses créanciers. Mais à ce point de vue, la proposition (de soumettre à la transcription les paiements anticipés de plus d'une année) n'y fait aucun obstacle. Lorsque, au contraire, il y a désordre dans les affaires du bailleur, lorsque l'intérêt des créanciers est mis en jeu, les paiements anticipés sont viciés d'une suspicion nécessaire; ils dissimulent presque toujours une fraude, et, en tous cas, ils violent le principe qui veut que tous les biens d'un débiteur soient le gage de ses créanciers, aussi bien les fruits que le fonds, qui n'est rien sans les fruits.»

Nous ajouterons qu'aller au delà ce serait peut-être, d'une part, méconnaître la vérité des choses, et, d'une autre part, donner à la mauvaise foi, même en dehors de la question de transcription, une ressource puissante. C'est méconnaître la vérité des choses; car un immeuble dont le revenu est aliéné pour plus d'une année, et qui n'en doit pas moins acquitter ses charges habituelles, perd de sa valeur dans une proportion qu'on peut évaluer à un sixième ou même à un cinquième; et il répugnerait au principe même en vertu duquel la transcription va être rétablie, que les causes d'une aussi grave dépréciation pussent être

Digitized by Google

tenues secrètes. D'un autre côté, c'est fournir à la fraude un secours puissant; car aujourd'hui, dans l'état actuel de la jurisprudence, les paiements anticipés, dès qu'ils dépassent une année, sont rarement maintenus, ceux de deux ans plus rarement encore, et ceux de trois ans jamais. Or, ils le seront désormais, et, logiquement, il n'y aura pas à redire, dès qu'un texte positif aura établi qu'une anticipation même de trois années peut n'être pas transcrite et rester néanmoins opposable aux acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires.

Sur ce point encore, comme sur le précédent, les seuls auxquels nous nous arrêtions dans l'appréciation du premier objet de la loi projetée, il est permis de penser que le législateur, s'inspirant de plus en plus du principe même de la loi, lui donnera une extension que la raison avoue et que l'intérêt de la propriété sollicite.

6. *Des actes affranchis de la transcription.* — Quelque partisan que l'on soit de la publicité des transmissions, il y a cependant des limites que l'on ne saurait dépasser. La loi projetée crée en effet deux exceptions, l'une, qui résulte virtuellement de ses termes, en faveur des dispositions à cause de mort; l'autre, que consacre expressément l'art. 13, en faveur des actes ayant acquis date certaine antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle. L'une et l'autre exception nous paraissent également fondées en fait sinon en droit; et, néanmoins, nous pensons que sous l'un et sous l'autre rapport, le projet doit être complété.

7. *Dispositions à cause de mort.* — L'article premier du projet pose la nécessité de la transcription en principe, pour tout acte *entre-vifs* translatif ou déclaratif de propriété immobilière, etc. D'où suit que la nécessité de la transcription ne s'étend pas aux *testaments.*

Cette induction, ou plutôt l'exemption dont s'agit, a besoin à peine d'être justifiée. A cet égard, tout a été si bien dit par M. Troplong dans sa préface sur les hypothèques et ensuite par les cours nombreuses qui ont partagé son avis dans l'enquête ouverte en 1841 [1], qu'on ne saurait rien ajouter. Bornons-nous donc à rappeler les considérations principales. Le but ordinaire

[1] V. dans les documents publiés en 1841 l'avis des cours d'Angers, d'Amiens, de Douai, de Metz, de Montpellier, de Nancy, de Paris, de Rouen, et notamment celui de la faculté de Strasbourg, t. I, n° 65, p. 482.

Digitized by Google

de la formalité est, en rendant notoires les acquisitions de droits réels, de préserver les acquéreurs et les prêteurs des fraudes qui peuvent éloigner leur confiance. Or, ces fraudes ne sont possibles que par le concours de deux actes entre-vifs émanés du même propriétaire et portant aliénation de la même chose ou diminution de son importance et de sa valeur. Mais les transmissions à cause de mort ne sont pas susceptibles de prêter ces ressources à la mauvaise foi. D'un autre côté, que deviendrait la maxime *le mort saisit le vif*, si féconde en conséquences dans notre droit civil, en présence d'une transcription à laquelle seule on rattacherait la saisine? Enfin, l'existence du testament peut rester inconnue pendant un long intervalle de temps; par exemple, s'il s'agit de testaments mystiques ou publics, lorsqu'ils ont été faits dans un lieu éloigné de la résidence du défunt; s'il s'agit de testaments olographes, lorsque le décès ne parvient pas immédiatement à la connaissance des tiers auxquels les testaments ont été confiés : il se peut aussi que l'héritier dépouillé retienne frauduleusement le testament qu'il a trouvé parmi les papiers du défunt : enfin le testament lui-même peut être défectueux en ce qu'il ne contiendrait pas la désignation des biens légués. Le légataire devra-t-il, dans toutes ces circonstances où il n'y a pas la moindre faute à lui imputer, encourir, à défaut de transcription, la déchéance du droit que le testament lui confère? Evidemment, cela n'est pas possible, et l'on conçoit très-bien que les rédacteurs du projet, répudiant le rigorisme des législations allemandes, d'après lesquelles les testaments sont, aussi bien que les transmissions entre-vifs, soumis à la transcription, aient admis qu'ils en seraient affranchis au contraire.

Mais que décider à l'occasion de ces actes qui, comme les institutions contractuelles et les donations de biens à venir, sont donations par la forme et par le caractère d'irrévocabilité, et, néanmoins, participent du testament en ce qu'ils n'ont d'effet qu'au décès du donateur ou de l'instituant? La transcription leur sera-t-elle applicable? La combinaison de l'article premier du projet avec le dernier § de l'art. 13 qui maintient, par une déclaration expresse, la disposition du Code Napoléon relative à la transcription des donations, conduira nécessairement à poser la question, et le projet de loi ne fournit aucun texte à l'aide duquel elle puisse être tranchée.

Il est, sans doute, dans la pensée des rédacteurs de la loi, d'é-

Digitized by Google

tendre à ces sortes d'actes, l'exception qu'ils ont virtuellement consacrée en faveur des testaments, car les raisons de décider sont les mêmes ; et, de plus, par rapport à celles de ces dispositions qui, quoique irrévocables, peuvent être annulées par la vente que consentirait le donateur du bien qui en fait l'objet, quelle serait la signification de la transcription ? Nous n'hésitons donc pas à penser que de tels actes doivent participer à l'exemption admise en faveur des testaments.

Mais alors pourquoi ne pas le dire ? pourquoi laisser dans la loi une lacune qui fournirait prétexte à la controverse et aux contestations ?

8. *Actes ayant acquis date certaine antérieurement à la promulgation de la loi.* — D'après l'art. 13 du projet, les art. 1, 2, 3, 4, 5, 7 et 11 ne sont pas applicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le... — Leur effet est réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus.

Cet article a été récemment l'objet, de la part de M. Josseau (*Gazette des Tribunaux*, du 15 mars 1854) et de M. Havard (*Journal du Notariat*, du 18 mars 1854), d'une vive critique ; et nous le reconnaissons, s'il fallait se tenir exclusivement au point de vue qui, d'après M. Josseau, aurait déterminé les rédacteurs du projet à formuler cette disposition, nous ne pourrions que partager son avis.

M. Josseau suppose que l'article aurait été rédigé dans la pensée de respecter les droits acquis, et uniquement en vue du principe tutélaire de la non-rétroactivité consacré par la loi civile.

Or si, en effet, les rédacteurs du projet s'étaient cru obligés par ce principe à disposer ainsi qu'ils l'ont fait, nous n'hésitons pas à le dire, ils seraient tombés dans une méprise évidente.

Sans insister ici sur ce principe de l'art. 2 du Code Napoléon, « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif, » on peut dire que, d'après le texte lui-même comme d'après la raison des choses, il y a là particulièrement la règle du juge et des tribunaux. Ainsi une loi intervient ; elle règle des droits, crée des charges, impose des obligations : il n'appartient pas aux tribunaux de faire l'application de cette loi aux faits du passé ; l'art. 2 du Code Napoléon y fait obstacle, et la décision qui contreviendrait serait infailliblement réprimée. La jurisprudence de la cour suprême fourmille en exemples, entre lesquels nous en prendrons un seul qui se rattache, par un côté, à la ma-

Digitized by Google

tière qui nous occupe. On sait que la loi du 18 avril 1831, introduisant une règle nouvelle, a soumis au droit proportionnel d'enregistrement, par son art. 17, les acquisitions faites par les communes. La régie prétendit que cet article devait être appliqué aux mutations convenues même avant la promulgation de cette loi, alors que l'autorisation royale n'avait été accordée qu'après, et elle obtint de quelques tribunaux des décisions en ce sens. Toutefois, ces décisions n'ont pas tenu; et quand la cour de cassation a été saisie de la difficulté, elle a jugé nettement que les lois de finance n'ont d'application rétroactive *qu'autant qu'une disposition expresse l'a ordonné*, et qu'ainsi, dans le silence de la loi du 18 avril 1831, le legs fait à un établissement ne doit être soumis qu'au droit fixe, et non au droit proportionnel établi par cette loi, dès l'instant que l'ouverture de la succession se reporte à une date où la loi de 1831 n'avait pas encore été promulguée (arrêt du 31 mai 1836).

Et ce qui est vrai des lois de finance n'est pas moins vrai des lois en général; car ce qu'on ne dira pas, ce que la science ne permet pas de dire, c'est que l'art. 2 du Code Napoléon, qui enchaîne les tribunaux, entrave également l'action du législateur lui-même, à ce point que lorsque le législateur jugerait à propos de saisir même les faits du passé par une loi nouvelle, il fût empêché de le faire. Sans doute le législateur doit s'interdire de faire retour au passé quand les dispositions nouvelles seraient susceptibles de troubler ou de détruire des droits acquis; et, à ce point de vue, il n'est personne qui puisse approuver ces textes fameux d'une époque de désordre et de confusion, par lesquels le législateur, méconnaissant cette obligation morale, porta la rétroactivité dans les successions, dans la réserve, dans la quotité disponible. Mais, comme le dit Merlin, ce serait exagérer beaucoup le principe de la non-rétroactivité que d'aller jusqu'à dire que la loi ne peut plus rien absolument à l'égard des faits ou des contrats anciens, et que la loi sous l'empire de laquelle ils se sont accomplis ou ont été passés, en doit régler tous les effets, même les plus éloignés. La législation proteste contre une telle doctrine, et la science l'a irrévocablement condamnée, en donnant, de la règle posée dans l'art. 2 du Code Napoléon, cette traduction exacte à la fois et protectrice : la loi dispose pour l'avenir, toutes les fois que le législateur ne juge pas à propos de lui assigner, par dérogation à la règle, un effet rétroactif.

Digitized by Google

Donc, et *en droit*, de même que le projet soumis aux délibérations du corps législatif, a pu exprimer que la nécessité de transcrire ne s'étendrait pas aux actes du passé, de même il aurait pu, en vertu de la toute-puissance de la loi, faire de la déclaration contraire l'objet d'une disposition particulière, sans qu'on eût été fondé à lui opposer, comme obstacle, l'art. 2 du Code Napoléon. La supposition contraire, encore une fois, ne pourrait procéder que d'une erreur ou de l'appréciation inexacte de l'étendue que comporte le pouvoir du législateur.

Mais *en fait*, cette déclaration contraire, convenait-il de la faire? C'est là une autre question; elle vaut la peine qu'on s'y arrête, et nous regrettons que les écrivains dont nous parlions tout à l'heure n'aient par songé à se la poser.

Dans l'état actuel des choses, on compte de 11 à 12 cent mille ventes par an, dont 220 ou 230 mille seulement sont transcrites. Ajoutez à cela toutes les conventions qui n'étaient pas sujettes à la transcription et que la loi nouvelle y va soumettre, comme les partages, les licitations, les baux, les constitutions de servitudes, les contrats de mariage, et tant d'autres; c'est un total qu'on ne peut pas évaluer à moins de 500,000. Ainsi des trois millions d'actes que les notaires reçoivent par an, en France, en voilà 1,600,000 environ qui vont être soumis à la transcription, chaque année. Maintenant si la loi nouvelle veut la transcription même pour le passé, il faudra remonter en arrière au moins tout le temps que comporte la plus longue prescription, soit 30 ans. Ainsi, ce sera 30 fois 1,600,000 actes à transcrire, moins les 220 ou 230 mille qui sont transcrits par an; et nous arriverons à ce chiffre énorme d'au moins 41 millions d'actes dont il faudra opérer la transcription immédiatement, ou dans le délai que la loi impartira. C'est une difficulté matérielle dont les rédacteurs du projet ont pu, à bon droit, s'effrayer.

On dira, nous le savons bien, que quelque impérieuse que soit la loi, elle restera inobéie par bon nombre de personnes, et qu'en définitive le chiffre que nous venons d'indiquer se réduira dans une proportion considérable. Nous l'admettons; et, en effet, comment faire pénétrer dans l'esprit d'une infinité de propriétaires, surtout dans la campagne, là où ils sont le plus nombreux, que lorsqu'ils sont en possession depuis dix, quinze, vingt ans, plus peut-être, leur position n'est pas sûre, et que leur contrat, faute d'être transcrit, pourrait être annihilé? De quelque formule

Digitized by Google

que vous vous serviez, pour le leur dire, ils ne le croiront pas, nous vous en donnons l'assurance, et leur contrat restera non transcrit. Et alors songez à tous les droits, à toutes les conventions, à toutes les transactions que la disposition contraire à celle du projet pourrait mettre à la merci des entreprises de la mauvaise foi, et dont, par conséquent, cette disposition compromettrait l'existence ! M. Persil était pénétré de ces dangers sans doute lorsque, dans son rapport sur la loi de la réforme hypothécaire, qui était discutée en 1850, et à laquelle a été empruntée la disposition que nous examinons, il disait : « ..... Le projet propose de déclarer que les actes assujettis à la transcription qui auraient été passés antérieurement à la présente loi, continueront à être régis par la législation sous l'empire de laquelle ils ont été faits, tant pour leurs effets entre les parties contractantes que relativement aux tiers. — *Outre les inconvénients qu'il y aurait eu, dans le moment actuel surtout, à imposer des formalités de consolidation pour des propriétés incommutablement acquises sous l'empire des lois qui n'en exigeaient aucune*, on peut affirmer, etc. »

Oui, ces inconvénients sont nombreux, ils sont considérables ; et alors même qu'ils pourraient être conjurés par un acte tout simple de la part de ceux qu'ils menacent, il faut savoir tenir compte des faits, des habitudes humaines, et ne pas imposer cet acte à des citoyens qui ne l'accompliraient pas, pour ne pas les exposer à être victimes d'une résistance, et si l'on veut, d'un entêtement dans lequel ils sont encouragés, en définitive, par une possession qu'ils exercent sans trouble, et que sa durée même présente à leurs yeux comme définitivement consolidée et désormais inattaquable.

Voilà pourquoi nous croyons qu'il faut approuver hautement la disposition contenue dans l'art. 13 du projet.

Mais, dit-on, c'est ôter à la loi tout son nerf ; c'est paralyser indéfiniment ses bienfaits, c'est embarrasser et non simplifier l'établissement de la propriété immobilière ; c'est enfin déposer le germe d'une multitude de difficultés et de procès qui naîtront de la coexistence de deux législations différentes sur le même sujet !

Nous ne croyons pas que tant de funestes effets soient liés à la disposition transitoire dont il s'agit ici. On peut reconnaître seulement qu'elle présentera quelques inconvénients. Mais serait-il absolument impossible d'écarter les principaux, tout en maintenant la pensée de la disposition transitoire ? Nous ne le croyons pas.

Digitized by Google

En définitive, de quoi s'agit-il, et que se propose-t-on au moyen de la transcription ? On veut fixer le sort de la propriété foncière, en constater les mutations, et les faire parvenir par la publicité à la connaissance des tiers. Eh bien ! introduisez dans la loi une dispostion additionnelle qui, sanctionnant le sentiment qui a fini par prévaloir en doctrine et en jurisprudence[1], déclare que la transcription s'appliquera aux précédents propriétaires de l'immeuble, lorsque leurs noms et prénoms y seront indiqués. Ainsi la propriété sera incommutablement transmise, non-seulement à l'égard du vendeur, mais encore à l'égard des précédents acquéreurs ; le but de la loi sera atteint autant qu'il peut l'être convenablement, et les principaux inconvénients que l'on redoute se trouveront écartés.

9. *Du mode de transcription.* — L'art. 3 du projet exprime que pour opérer la transcription, une copie entière de l'acte ou du jugement est déposée au bureau de la conservation des hypothèques. Puis l'article exige que la copie soit signée par le notaire si l'acte est authentique, par la partie qui requiert la transcription si l'acte est sous seing privé, et s'il s'agit d'un jugement par l'avoué qui l'a obtenu. Enfin, il impose au conservateur l'obligation de donner récépissé au déposant, de classer ces copies par ordre de date et de transcrire par extrait sur un registre à ce destiné, les noms, prénoms et domiciles des parties, la date de l'acte et du jugement, la nature et la situation de l'immeuble, la nature des droits transmis ou reconnus par l'acte ou le jugement, le jour et l'heure du dépôt.

De toutes les dispositions du projet, celle-ci, en raison de l'une des particularités qu'elle renferme, doit appeler l'attention de tous ceux qui désirent la complète efficacité de la loi si éminemment utile qui se prépare.

Il n'y a pas d'abord à s'élever contre la substitution d'un dépôt de copies à la transcription qui était faite, jusqu'ici, dans les registres tenus aux conservations. On a dit, il est vrai, que cette substitution aurait pour résultat de faire perdre au Trésor de deux à trois millions, tant à raison des droits de timbre des registres qu'à raison des salaires du conservateur, salaires dont la moitié appartient au Trésor. On a dit aussi que le nouveau

[1] V. MM. Delvincourt, t. III. p. 363, n° 2; Merlin, v° *Transcription*, p. 106, note; Grenier, t. II, p. 166; Troplong, t. IV, n° 913; et les arrêts de la cour de cassation du 13 décembre 1813 et du 14 janvier 1818.

Digitized by Google

mode serait plus coûteux pour les parties. Nous croyons que tous les calculs ont été faits à cet égard, et qu'ils ont eu pour résultat d'amener à reconnaître, d'une part, que le contribuable, en fin de compte, ne serait pas plus grevé qu'il ne l'a été jusqu'ici, et, d'une autre part, que le Trésor retrouverait et au delà, par le timbre des copies déposées, ce que la suppression des registres de transcription lui ferait perdre. — Cette objection écartée, le nouveau mode ne peut qu'être approuvé. Il est, d'ailleurs, une conséquence toute naturelle de l'extension que reçoit de la loi projetée le principe de la transcription. Quand, dans l'état actuel des choses, il est des conservations où la nécessité de transcrire oblige les parties ou les notaires à attendre pendant quinze jours et même un mois l'acte qu'ils ont porté à la transcription, on se demande combien de temps il faudrait attendre, dès que le nombre des actes à transcrire sera augmenté dans la proportion de 3 à 15 ou 16. — Ajoutons enfin que le système du dépôt a ce grand avantage d'établir un second dépôt public. Depuis longtemps on cherchait à créer ce second dépôt; la loi projetée le donne sans qu'il en coûte rien au Trésor.

On doit approuver avec plus de réserve la partie de l'art. 3, qui n'admet à la transcription que des copies *entières*. Sans doute, s'il s'agit d'une vente ayant uniquement des immeubles pour objet, la copie entière sera nécessaire, et cela arrivera dans la plupart des cas : il n'y a pas possibilité de faire un extrait d'un tel acte.

Mais il ne faut pas oublier que la transcription est exigée pour une infinité d'autres actes qui sont nécessairement complexes. Tels sont, par exemple, les partages et les contrats de mariage. Exigerait-on aussi la copie entière de tels actes? Mais, outre que cela serait onéreux, en pure perte pour les parties, il y aura cet inconvénient considérable que ces actes, résultat de convenances de famille, contiennent habituellement des stipulations que la publicité ne doit pas divulguer. Ce que nous disons des contrats de mariage et des partages, il faut le dire en partie des liquidations, des transactions, des actes de société stipulant l'apport d'immeubles, des ventes ayant pour objet des immeubles sis dans divers arrondissements, des adjudications dans lesquelles un ou plusieurs lots seulement ont été adjugés ; enfin de tous les actes dans lesquels une mutation d'immeubles est accompagnée de conventions indépendantes. Dans tous ces cas, et dans une infinité d'au-

Digitized by Google

tres encore, il est évident qu'un extrait dressé sous la responsabilité du fonctionnaire qui le délivre doit suffire, et qu'exiger plus que cela, c'est dépasser le but que la loi se propose.

C'est, d'ailleurs, en ce sens que l'on entend aujourd'hui l'article 2181 du Code Napoléon, dans lequel il est parlé aussi d'une transcription *en entier*. « Lorsque le Code, dit M. Troplong, n° 911, a employé ces expressions, il a voulu parler du cas où un acte ne contient qu'une seule et même convention. Mais lorsqu'il n'en est pas ainsi, il deviendrait frustratoire de transcrire la totalité d'un acte qui, bien qu'unique quant à la forme, est complexe quant aux dispositions diverses qu'il contient [1]. » Il est à désirer que l'art. 3 du projet soit modifié dans ce sens : c'est, du reste, ce qui avait fini par être admis lors de la discussion de la loi sur le régime hypothécaire [2].

10. Mais ce qui, dans cet article, devrait, selon nous, être l'objet d'une réformation complète, c'est la disposition qui autorise le dépôt de la *copie* des actes *même sous seing privé*. Nous croyons fermement qu'à elle seule cette disposition compromet le sort de la loi, et avant d'exposer les dangers qu'elle présente, nous placerons sous l'autorité des précédents législatifs soit de la France, soit des pays étrangers, la nécessité de la supprimer.

11. Presque toutes nos anciennes coutumes, jusqu'au XVIIe siècle, n'avaient admis la preuve de la transmission de propriété des biens immobiliers à l'égard des tiers qu'après que cette transmission avait été rendue publique par une formalité analogue à celle de la transcription et qui était connue sous le nom de *nantissement*. Au moment même où la loi du 9 messidor an III vint abolir les coutumes en ce qui concerne le régime hypothécaire, plusieurs avaient conservé encore le principe du *nantissement*. Or, toutes ces coutumes, celles qui s'étaient départies du principe comme celles qui l'avaient maintenu s'étaient accordées à repousser les actes sous seing privé de la formalité. « La formalité du nantissement, dit Denisart, n'a été introduite que par rapport aux contrats passés par-devant notaire, et il est défendu par un arrêt du Conseil du 13 décembre 1695, et par l'article 5 de la déclaration du 19 mars 1696, d'admettre aucuns nantissements s'ils sont

[1] V. encore une circulaire ministérielle de l'an VIII, et l'opinion de M. Grenier, t. II, n° 369.

[2] V. l'art. 2142 du projet qui avait été préparé pour la troisième délibération.

Digitized by Google

fondés sur des actes non contrôlés. — Au reste, dans les pays où le nantissement a lieu, on ne peut en aucun cas se faire nantir en vertu d'actes sous seing privé non contrôlés ni reconnus. » (V. Nantissement, n° 4.) C'est aussi ce qu'atteste Merlin dans le Rép. de Guyot, v° *Devoirs de loi*, où il signale les coutumes de Vermandois (126), de Reims (165), et la plupart de celles des Pays-Bas[1], comme exigeant que le vendeur et l'acheteur comparaissent devant les juges de la seigneurie; celle de Douai, comme prescrivant la reconnaissance du contrat en présence de deux échevins; et divers édits ou arrêts de règlement (édit du mois d'avril 1675, arrêts des 27 août 1676, 21 mars 1680 et 6 novembre 1736) comme ayant annulé des nantissements en ce qu'ils avaient été faits autrement que sur la grosse d'un contrat notarié.

Citons comme dernier témoignage l'autorité de l'un des livres qui ont le mieux résumé le dernier état de la jurisprudence française au moment où a commencé de se former la nouvelle législation, nous voulons parler du Nouveau Denisart. « Le bien de la société, y est-il dit (V° *Acte notarié*, § 6), exige que tous les originaux de tous les actes qui intéressent, ou qui doivent naturellement intéresser des tiers, soient conservés dans quelque dépôt public et inviolable, afin qu'on ne puisse pas les soustraire, les altérer ou même seulement les tenir secrets, au préjudice d'autrui. Tels sont les motifs des lois, qui ont ordonné que certains actes fussent notariés, et qu'il en restât minute. — Quelques-uns

[1] On peut voir une ordonnance de Philippe II, du 6 décembre 1586, dont l'art. 2 était ainsi conçu : « Davantage, comme journellement plusieurs personnes se trouvent intéressées en achats de quelques biens sujets à fidéicommis, ou substitutions, ou créations d'hypothèques sur iceux, lesquelles charges ne viennent à connaissance à temps : Nous, y désirant pourvoir, ordonnons que nulle clause de substitution, ou fidéi-commis, prohibition d'aliéner, ou semblables autres charges, faites ou ordonnées par testaments, donations ou contrats, sortiront effet de résiliation ou pourront empêcher l'aliénation, ne fût qu'icelles fussent passées en registre par-devant les juges où tels biens sont situés. » Puis l'art. 3 ajoutait : « Et à cette occasion nous étant représenté le même inconvénient au regard des autres charges réelles..... Pour à ce remédier, avons déclaré et déclarons, en conformité de diverses ordonnances, que nulles aliénations, ventes, transports ou charges de fonds d'héritages, maisons et semblables biens immeubles, auront effet, s'ils n'étaient passés par héritances ou déshéritances par-devant les juges des lieux de leur situation, et afin que l'acheteur s'en peut assurer, voulons que les officiers et secrétaires, ou autres ordonnés pour recevoir tels contrats, seront tenus d'en faire nouveaux registres à part, etc..... »

Digitized by Google

l'ont ordonné sous peine de nullité. Par exemple, l'ordonnance de 1535, ch. XIX, art. 5, déclare « tous traités concernant héritages, « rentes ou réalité, qui dorénavant ne seront pas reçus par notaire, « être nuls et de nulle valeur, en ce qui concerne lesdits héritages, « rentes et réalité. » — On ne saurait douter que l'intention du législateur, dans cette ordonnance, n'ait été qu'il restât minute des actes dont il y est fait mention, quoique cela n'y soit pas dit expressément, si l'on considère que toute loi semblable a pour objet l'intérêt des tiers ; et que les actes notariés en brevet ont, par rapport à eux, les mêmes inconvénients que les simples écritures privées. Augeard rapporte, sous la date du 19 avril 1714, un arrêt rendu en la grand'chambre, par lequel l'acte de vente d'une maison située à Chaillot, passé devant notaires à Paris, et délivré double en brevet aux parties, a été déclaré nul.

A la vérité, on rencontre des textes d'après lesquels des actes sous seing privé pouvaient être *réalisés*. Mais il fallait pour cela que les parties qui avaient concouru à l'acte se présentassent devant l'officier public chargé de la réalisation, de manière à ce que la signature des parties, la sincérité et la réalité de l'acte fussent reconnues. Dans cet ordre d'idées se trouvent les lettres patentes du 24 mai 1744, qui dispensent de représenter un contrat authentique « parce que, y est-il dit, la coutume exige la comparence actuelle du propriétaire devant les juges, et que la nécessité de cette comparence personnelle écarte les fraudes et les surprises. »

Mais sauf ces exceptions qui, en raison même des précautions prises, rentraient assez complétement dans la règle, la représentation de l'acte authentique était une nécessité.

Tels étaient les principes lorsque parut la loi du 9 messidor an III. On n'accusera pas cette loi d'avoir été conçue dans une pensée trop méticuleuse en ce qui touche aux questions de forme. Certes, ceux qui créaient des cédules hypothécaires n'avaient pas pour les formes un respect exagéré, et ils ne durent conserver que celles dont il ne paraissait pas possible de s'affranchir sans compromettre le crédit foncier. Eh bien ! cette loi organisa une sorte de transcription sous le titre *de déclaration foncière*. Or, qu'on se reporte aux articles 99 et 100 ; voici ce qu'on y lit : « Art. 99. Nulle expropriation de biens territoriaux, volontaire ou forcée, entre-vifs et à quelque titre que ce soit, ne peut avoir lieu, à peine de nullité, si elle n'a été précédée de la déclaration foncière des

Digitized by Google

biens qui en sont l'objet, faite et déposée dans les formes prescrites, soit par le propriétaire, soit, à son défaut, par le créancier poursuivant. — Art. 100. La loi ne reconnaît pareillement aucune expropriation des biens territoriaux *faite verbalement ou par écrit privé ; elles doivent être reçues devant des officiers publics, à peine de nullité.* »

Après cela, les lois, et notamment celle du 11 brumaire an VII qui créa la transcription proprement dite et le système auquel revient aujourd'hui la loi projetée, ne contiennent pas, nous le reconnaissons, de texte positif qui exclue les actes sous seing privé. Mais à défaut de texte nous trouvons une interprétation qui a sa haute importance, car elle émane du ministre de la justice, par conséquent de celui qui, mieux que personne, était en position de connaître la pensée de la loi. Eh bien ! il résulte d'une décision ministérielle en date du 25 nivôse an VIII, reproduite dans une circulaire de la régie du 23 pluviôse suivant, que les actes sous seing privé, translatifs de propriété d'immeubles, ne doivent pas être transcrits sur les registres de la conservation des hypothèques, s'ils n'ont été préalablement reconnus ou déclarés tels par un jugement. Et comme cette décision emprunte à ses motifs mêmes sa véritable importance, nous ne résisterons pas au désir de les faire connaître ou de les rappeler. Ces motifs, d'après le ministre, sont : que la transcription de l'acte de vente transmettant à l'acquéreur, ainsi que le porte l'article 26 de la loi du 11 brumaire, le droit que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble, il n'est pas à présumer que les législateurs aient entendu admettre à une formalité aussi importante par son effet, des actes qui n'ont aucun caractère d'authenticité ; que, d'ailleurs, il serait d'autant plus dangereux de les en revêtir, qu'au moyen d'une vente supposée, des gens de mauvaise foi, abusant de la confiance que cette formalité doit naturellement inspirer, pourraient se présenter comme propriétaires d'immeubles auxquels ils n'auraient aucun droit, et tromper ainsi ceux qui leur prêteraient sur la garantie de cette hypothèque ; enfin, que la combinaison des rapports que l'article 29 de la loi a, dans son exécution, avec l'article 3, est un moyen de plus pour se convaincre que l'intention du législateur a été de ne point admettre à la transcription les ventes d'immeubles sous seing privé non reconnues, puisque, en supposant cette formalité exécutée par un acte de cette nature, qui établirait une créance au profit du vendeur, il

Digitized by Google

résulterait, dans ce cas, du concours de ces deux dispositions, que le conservateur serait tenu, aux termes de l'article 29, de faire sur le registre l'inscription de cette créance, tandis que l'article 3 ne lui permettrait pas d'effectuer cette inscription, attendu que ce titre de créance n'aurait pas le degré d'authenticité qu'exige expressément cette disposition.

La législation française ne nous offre pas d'autres précédents; car on ne saurait s'arrêter à la discussion qui se produisit, sur ce point, dans les délibérations dont le Code Napoléon a été l'objet. Alors, il est vrai, on demanda si les actes sous seing privé pourraient être présentés à la transcription, et il fut reconnu, non pas par un texte mais dans la discussion, qu'ils pourraient y être présentés. Cependant les motifs mêmes de cette décision lui enlèvent toute sa portée dans la question qui se présente aujourd'hui; car on se référa au titre de la *Vente*, et on dit que les ventes par actes sous seing privé y ayant été déclarées valables et translatives de la propriété, on ne pouvait plus, sans se mettre en opposition avec ce principe, déclarer que de tels actes ne seraient pas susceptibles d'être transcrits. (Voy. Fenet, t. XV, p. 385.)

Et ce précédent, sans valeur aucune dans un système de législation où la vente ne sera réellement translative au regard des tiers que par la transcription, ce précédent écarté, il n'y en a plus un, dans la législation française, qui ne soit absolument contraire à l'idée de mettre sur la même ligne, par rapport à la transcription, les actes sous seing privé et les actes authentiques.

12. Les législations étrangères condamnent cette idée avec non moins d'énergie. Ici les textes abondent, et l'embarras le plus grand est dans le choix. — Ainsi, les actes sous seing privé ne sont pas admis à Genève (l. du 28 juin 1830, art. 3). En Sardaigne, on a été plus loin, car l'art. 2304 du Code de 1837, exécutoire à partir du 1er janvier 1838 dispose que « pour le dépôt du titre et pour la transcription, le nouveau possesseur devra présenter une copie *authentique* du titre dûment insinué, et s'il ne contient pas la désignation des biens, il devra en outre présenter une note désignant la nature et la situation de ces biens, avec les numéros du cadastre ou toute autre indication suffisante pour les faire reconnaître. » Il en est de même dans le canton de Vaud (l. du 24 décembre 1840, art. 12 à 22); de même encore

Digitized by Google

en Toscane (*Motu proprio* du 2 mai 1816) ; en Russie (Code de 1832); dans le grand-duché de Hesse (l. de 1832, art. 52) ; de même aussi en Belgique où la loi récente du 16 décembre 1851 dit, dans son article second : « Les jugements, les actes authentiques, et les actes sous seing privé (mais) *reconnus en justice ou devant notaire,* seront seuls admis à la transcription, » et ajoute même que « les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme. »

Il y a mieux que cela : c'est surtout dans les États allemands, là où le crédit foncier a été l'objet d'une préoccupation si constante et où se sont fondées, tout d'abord, ces sociétés de crédit foncier qui s'implantent aujourd'hui chez nous, et y deviendront, nous en avons l'espoir, un élément actif pour la prospérité de la propriété foncière ; c'est là surtout que les actes sous seing privé ont été repoussés comme des instruments trop fragiles quand ils ne sont pas trompeurs, comme des moyens manifestement insuffisants en vue de cette publicité si large que la législation se proposait d'organiser. Déjà dans cette célèbre ordonnance de 1783, qui a servi de type à tous les autres peuples de la Confédération germanique, le grand Frédéric disait : « Art. 3. Dans les cours supérieures, toutes les affaires relatives aux hypothèques doivent être instruites par écrit. — Art. 5. Celui qui possède une connaissance suffisante du droit et des lois du pays, peut être son propre défenseur; mais celui qui veut, ou est obligé de se faire assister, doit s'adresser à un notaire. — Art. 6. Aucun mémoire ou aucune requête pour affaire hypothécaire ne seront reçus dans les cours, et aucune décision ne sera rendue, *s'ils n'ont été signés et légalisés par un notaire.* » Et le Code prussien, dont la date remonte déjà très-loin, s'exprime plus explicitement, en disant : « Art. 15. Toutes déclarations de volonté et tous contrats renfermant quelques dispositions relatives à la propriété d'un immeuble, doivent être reçus en justice ou par un officier de justice. — Art. 16. Le titre de possession n'est point susceptible d'inscription sur le tableau des hypothèques, lorsqu'il ne consiste que dans un acte sous seing privé. » On retrouve ces dispositions ou leur équivalent dans les législations des divers États allemands, où l'on exige l'intervention de l'autorité judiciaire, qui y exerce la juridiction volontaire confiée aux notaires par la loi française. On les retrouve principalement dans le Code civil autrichien, dont l'art. 434 exprime que « si le

Digitized by Google

vendeur ne comparaît pas en personne, et, dans tous les cas où il s'agit de biens de ville ou de biens inscrits sur les registres provinciaux, il doit être dressé un acte par écrit du contrat de vente, signé tant par les parties contractantes que par deux hommes dignes de foi comme témoins. »

Terminons enfin cette longue énumération par deux textes qui rentrent pleinement dans le sujet qui nous occupe et qui sont empruntés, l'un à la loi polonaise du 26 avril 1818 sur les priviléges et les hypothèques, l'autre au projet de loi hypothécaire de la Bavière Rhénane. Le premier, sous le n° 1 du chap. I de la loi, porte : « Tous actes entre-vifs, qui auraient pour conséquence de transférer, restreindre, grever ou dégréver la propriété des immeubles, et tous autres actes qui concernent des droits hypothécaires, seront passés par les parties, en personne ou par fondés de pouvoir spécial et authentique, dans la chancellerie où les immeubles sont situés. » Le second, encore sous le n° 1 du premier chapitre, dit également : « tout acte de vente de propriété, de constitution d'usufruit ou d'antichrèse, doit être consenti par acte authentique et transcrit sur le registre public de vente ; sans cette transcription, aucune transmission n'est effectuée, le contrat ne donnerait lieu qu'à une demande en indemnité. »

13. Cet assentiment unanime des anciennes coutumes et des lois des peuples voisins à repousser les actes sous seing privé ne saurait être le résultat d'un caprice : il y a là un fait grave, et pour fermer l'oreille à ces avis de l'expérience, pour tenter une entreprise si généralement condamnée, il faudrait pouvoir invoquer de bien puissantes considérations !

Quelles sont donc celles sous l'autorité desquelles on pourrait s'abriter ? Nous avons cherché à nous en rendre compte, et soit dans les documents publiés en 1844 par M. le garde des sceaux comme résultant de l'enquête ouverte en 1841, soit dans les travaux qui ont préparé le projet soumis aux délibérations du Corps législatif, nous n'en trouvons pas d'autre que celle qui est prise dans la nécessité de maintenir la liberté civile et naturelle des transactions. C'est ce que la cour de cassation a exprimé en ces termes dans l'enquête dont nous venons de parler : « La proposition de ne considérer comme valables que les ventes qui auraient été passées par-devant notaires, en la forme authentique, a été écartée comme contraire à la liberté civile non moins qu'à la

Digitized by Google

liberté naturelle des transactions. L'intervention indispensable d'un instrument officiel pour opérer ces transports de propriété subordonnerait le consentement des parties, cette substance immatérielle du contrat, au fait matériel de sa rédaction, qui n'en est tout au plus qu'un commencement d'exécution. Ce serait une mesure rétrograde et de défiance. »

Mais qui ne voit qu'il y a là une question déplacée. Il ne s'agit plus ici de revenir sur la disposition de nos lois qui donnent au seul consentement l'effet translatif dans les ventes et d'infirmer ces dispositions. La question se posait en ces termes, on l'a vu, au conseil d'Etat, lorsque la transcription, rejetée comme moyen de consolider la propriété, n'était plus admise que comme moyen de purger les hypothèques et les priviléges ; et on l'a vu aussi, l'objection fut toute-puissante pour faire déclarer que les actes, même sous seing privé, pourraient être transcrits : cela devait être. Mais en sommes-nous là aujourd'hui ? Non, il s'agit maintenant de l'intérêt des tiers, à l'égard desquels la propriété ne sera plus consolidée définitivement qu'au moyen de la transcription. Eh bien! l'acte sous seing privé qui demeurera toujours possible et valable entre les parties contractantes, et non-seulement entre les parties contractantes, mais encore entre leurs héritiers ou ayants cause, l'acte sous seing privé, qui, à ce point de vue, aura son utilité et produira ses effets, pourra-t-il être transcrit et par là devenir opposable aux tiers ? Voilà la question véritable, et cette question, si on y veut réfléchir, trouve sa solution dans la fragilité même du titre, dans ses imperfections et ses insuffisances à peu près nécessaires, dans les armes qu'il donne à la mauvaise foi.

Le titre est fragile! Et, en effet, comme l'exprime très-bien M. Guyho, dont l'opinion est on ne peut plus explicite contre l'admission des actes sous seing privé à la transcription [1] : « Une dénégation, souvent même une simple méconnaissance d'écriture suffit pour en paralyser l'effet. Le résultat conjectural d'une vérification suffit pour les anéantir. En vain l'enregistrement leur aura donné date certaine ; en vain la transcription les aura revêtus du caractère de la publicité légale : ces formalités, établies pour promulguer le droit, sont impuissantes à le créer.

[1] V. *Revue de législation*, année 1845, t. I, p. 40. — *Junge*, M. Grenier, *Des hyp.*, n° 353, et le *Journal du notariat*, numéro du 18 mars 1854.

Digitized by Google

L'acte sous seing privé, entaché du vice originel inhérent à sa nature, laissera toujours la propriété soumise aux éventualités les plus menaçantes, jusqu'à ce que la prescription vienne enfin donner au possesseur de bonne foi la sécurité que son titre lui refuse. » Croyez, après cela, que le sol obtiendra le crédit qu'on demande pour lui, et qu'on sera enfin arrivé, comme on y prétend, à la régularisation de la propriété des droits territoriaux! Quand la propriété pourra encore, malgré la loi sur la transcription, être incessamment remise en question ; quand un second acquéreur sera admis, au moyen de la simple méconnaissance d'un précédent contrat, à demander la prééminence pour son titre; quand la sûreté d'une hypothèque dépendra d'une vérification d'écriture, quels sont donc les acquéreurs, quels sont les capitalistes qui voudront livrer leurs fonds et les exposer à de si menaçantes éventualités?

Le titre est à peu près nécessairement imparfait ou insuffisant! Et, en effet, la rédaction abandonnée à des personnes ignorantes ou inexpérimentées, sera le plus souvent obscure et incomplète et ne traduira que de la manière la plus infidèle la pensée des parties contractantes. C'est que l'acte le plus simple peut recevoir des faits, des circonstances, des relations, les plus sérieuses complications. Il semble, disait en 1841 la cour de Montpellier, avec une justice parfaite, « que plus la civilisation avance, plus l'instruction se répand, moins le ministère des officiers publics doit être nécessaire. Mais si d'un côté la civilisation, en répandant l'instruction, facilite les moyens d'écrire soi-même sa volonté, d'un autre côté elle multiplie les rapports, elle crée des intérêts nouveaux, plus variés, plus compliqués, plus difficiles à combiner. Quelque instruction que l'on suppose à la généralité des citoyens, elle ne peut aller jusqu'à faire qu'ils puissent, par eux-mêmes, apprécier et stipuler ce qui doit entrer dans un acte de vente immobilière et la garantie sur laquelle doit être assise la conservation du droit de propriété. La vérification des titres du vendeur et de ses auteurs, leur énonciation claire et précise, la désignation des immeubles vendus, telle qu'elle contienne tout ce que l'un entend acquérir et rien de plus que ce que l'autre entend vendre, la fixation de l'entrée en jouissance, du prix, des termes, du mode de paiement, les stipulations relatives aux servitudes, aux usufruits, aux baux à ferme, à toutes les autres charges, la garantie des évictions sont autant de choses qui ne

Digitized by Google

peuvent être l'ouvrage des parties elles seules. » Cela est évident. Et quand les notaires, des hommes dont la vie entière est employée à la rédaction des actes et à acquérir les connaissances nécessaires pour les rédiger convenablement, se perdent quelquefois dans tant de détails, comment ne pas admettre que ceux-là s'y tromperont à peu près toujours, qui sont illettrés et absolument étrangers à la science du droit? Faisons appel aux juristes et à tous ceux que leur ministère ou leurs fonctions appellent à conseiller ou à juger les parties, et demandons s'ils ont trouvé souvent, dans leur pratique, une tâche plus difficile à remplir que celle d'interpréter certains actes sous seing privé : nous savons ce que sera la réponse [1].

Et ce n'est pas tout : l'acte sous seing privé a, dans ses allures, la plus entière liberté. Il n'y a pas de loi qui impose l'obligation de l'écrire en français ; ainsi, dans la basse Bretagne, les parties s'exprimeront en patois bas breton ; dans les provinces qui avoisinent l'Allemagne, elles s'exprimeront dans ce langage prétendu allemand que les Allemands entendent à peine, et que les Français n'entendent pas du tout ; dans celles qui sont limitrophes de l'Espagne, les parties emploieront le basque ou une façon de patois catalan. — Il n'y a pas de loi non plus qui fixe la forme des actes sous seing privé ; un simple tracé au crayon est un acte sous seing privé valable ; la date du jour ni celle du lieu où l'acte est passé, ne sont nécessaires pour sa validité ; les ratures y sont possibles ; les sommes et les poids y peuvent être écrits en chiffres ; les mots surchargés ou mis en interligne ne les infirment pas, et bien loin de là, ils engagent la partie qui les a écrits.

[1] Pour notre part, entre autres étrangetés que nous pourrions citer, nous mentionnerons un acte sous seing privé, dans lequel un écrivain de village avait constaté qu'une mère *donnait entre-vifs* à l'un de ses enfants *une maison dépendant de sa communauté*. Dans cet acte qui nous a été soumis, il y avait, outre l'énormité de la forme, l'emploi du sous seing privé pour une donation entre-vifs, et outre l'énormité du fond, la donation par une femme d'un immeuble de sa communauté (les écrivains de campagne ne s'arrêtent pas pour si peu !), il y avait ceci de particulier, que le fils était désigné par ces mots « *l'enfant donné,* » et la mère tantôt par le mot *donataire*, dans la supposition sans doute que c'était là le féminin de *donateur*, tantôt par celui de *donatrice* : il résultait du tout, que si l'on pouvait reconnaître quelle était, au fond, la nature de l'acte, il était au moins absolument impossible de dire, en admettant d'ailleurs que l'acte eût pu être validé, quels en devaient être les effets à raison des charges et des conditions que les parties avaient voulu y insérer.

Digitized by Google

Même, lorsqu'ils seront ainsi faits, les actes devront être admis à la transcription, d'après la loi. Il y a mieux que cela : les simples promesses, et même les commencements de preuve par écrit y devront être reçus, car il n'y a pas dans le projet de précision qui les exclue. — Est-il besoin, après cela, de faire ressortir les dangers de ces documents ainsi informes, et la confusion que vont jeter, dans la preuve de la propriété, ces mentions dont la forme, entièrement abandonnée aux caprices du rédacteur, est si peu sûre ? Faut-il s'attacher à démontrer que ce n'est pas sur une base aussi peu solide que peut être assise la propriété ?

Enfin le titre donne des armes à la mauvaise foi ! Et ceci est d'une évidence palpable. Ce qu'on veut aujourd'hui, c'est donner au dépôt des actes, ou plutôt des copies d'actes dans les bureaux du conservateur, l'effet même que la loi du 11 brumaire an VII donnait à la formalité de la transcription. Ainsi, ce sera désormais ce dépôt qui consolidera la propriété vis-à-vis des tiers, et jusqu'à cette consolidation, la mutation ne saurait être opposée aux créanciers hypothécaires ni aux subséquents acquéreurs. Or, a-t-on bien songé à tout ce que cet état de choses peut inspirer à ces probités défaillantes qu'on livre à elles-mêmes, ou aux suggestions d'hommes d'affaires de bas étage ? A-t-on songé que lorsque la loi aura dit que l'acte, même sous seing privé, si informe qu'il soit, aura, par l'effet de la transcription, le privilége inconcevable de prévaloir sur un jugement ou sur un acte authentique légitime et sérieux, il pourra arriver qu'un propriétaire ruiné, après avoir aliéné son bien, l'aliénera encore, et que le second acquéreur, en déposant copie de son titre frauduleux et informe, en viendra à soutenir, et fera peut-être décider que le titre du premier est désormais effacé ? — A-t-on songé, d'un autre côté, à la portée que pourrait avoir la disposition projetée par rapport à l'article 1328 du Code Napoléon, d'après lequel les actes sous seing privé n'ont de date, à l'égard des tiers, que du jour où cette date est devenue certaine ? — A-t-on songé enfin à ce danger si considérable des antidates, auxquelles la loi va convier en quelque sorte les parties contractantes, par cela même que ces parties pourront ensemble, et souvent l'une d'elles seulement, y recourir sans être obligées de s'associer personne ?

Et, il y a ceci de remarquable, que les dangers de la disposi-

Digitized by Google

tion sont aggravés par ces circonstances particulières, que ce que le projet demande, ce n'est pas le dépôt du titre lui-même, mais seulement d'une copie, et que la signature qu'il exige, ce n'est pas même celle des parties contractantes, c'est celle de la partie qui requiert la transcription. Mais où est la garantie que la copie sera conforme à l'original? Qui assure, si c'est l'acquéreur qui a requis la transcription, qu'en se faisant un titre à lui-même, il ne l'a pas altéré? Et si c'est un créancier inscrit, lequel peut aussi requérir la transcription, qui assurera qu'il n'aura pas accommodé sa copie au mieux de ses intérêts, et sans tenir grand compte des intérêts de ceux avec lesquels l'original du titre pourrait le mettre en lutte? On chercherait vainement une protection contre la possibilité de tels abus ; un fait matériel s'oppose à ce qu'on en trouve aucune : c'est que la partie qui a fait et signé la copie en a l'original, que n'ayant pas à en faire le dépôt, elle restera maîtresse de le cacher ou de le produire, et que son choix ne saurait être douteux si elle a copié en faussaire.

Ainsi les actes sous seing privé, cela est maintenant établi, sont bien condamnés, comme nous l'avons dit, par la fragilité du titre, par l'incohérence habituelle de leur rédaction, par les armes qu'ils donnent à la mauvaise foi.

14. Une autre chose les condamne encore : c'est l'inconséquence qu'il y aurait à les admettre. Voyez la loi civile. Dans tout ce qui se rattache aux actes de l'état civil, elle rejette l'acte sous seing privé (C. Nap., art. 36, 73, 353, 477) ; elle le rejette également dans tous les cas où il s'agit d'autoriser une aliénation de meubles ou d'immeubles (art. 452-459) ; les renonciations à communauté ou à succession, les acceptations sous bénéfice d'inventaire ne comportent pas non plus cette forme (art. 784, 793, 1457) ; il en est de même des donations, des contrats de mariage, des constitutions d'hypothèques, des mainlevées, des soumissions de caution, des subrogations de créances, des associations entre père et fils (art. 854, 1250 ; C. pr., art. 519). Ainsi encore, l'authenticité peut seule assurer leur privilége aux prêteurs de fonds pour l'acquisition d'un immeuble (C. Nap., art. 2103) [1].

[1] M. Troplong justifie cette disposition par des motifs qui ont ici une valeur réelle. « La raison en est, dit-il, que les actes sous seing privé se pliant avec une grande facilité aux fraudes que la mauvaise foi veut pratiquer, la loi a dû s'en défier avec soin. Ainsi, par exemple, il serait possible qu'un prêt ayant été fait purement et simplement, l'emprunteur achetât un immeuble

Digitized by Google

Dans toutes les circonstances, en un mot, qui présentent quelque importance, la loi civile exige impérieusement la garantie de l'acte authentique. Et pourquoi donc ne la réclamerait-on pas aussi dans le cas dont il s'agit ici? Certes, quand la transcription en vue de laquelle statue la loi projetée, doit avoir pour effet d'opérer d'une manière irrévocable vis-à-vis des tiers, la transmission ou le démembrement de la propriété immobilière, ce qui peut le moins être mis en doute, c'est son importance et sa gravité, en sorte que demander pour elle qu'on substitue à cette forme éphémère de l'acte sous seing privé, la garantie sérieuse de l'authenticité, c'est suivre les conséquences du principe que la loi civile a posé, et marcher dans la voie qu'elle trace.

C'est mieux encore, c'est marcher dans la voie ouverte par le projet lui-même. Ce qu'il veut, en subordonnant la transmission de la propriété, vis-à-vis des tiers, à la transcription des actes, c'est donner aux droits du propriétaire la certitude et la stabilité. Eh bien! donnez aussi ce caractère aux actes eux-mêmes ; sans quoi, si la loi permet de recevoir à la formalité des actes dont il sera permis à chaque instant de dénier l'existence, elle sera imprévoyante et son but sera manqué.

15. Voilà pourquoi nous considérons comme impérieuse la nécessité de revenir sur le § 2 de l'article 3 du projet.

Que s'il ne paraissait pas possible d'imposer d'une manière absolue la forme de l'acte authentique, au moins faudrait-il s'arrêter au tempérament qu'ont admis quelques lois étrangères. Celles de ces lois qui permettent de donner la formalité aux actes sous seing privé, y mettent cette condition nécessaire, que ces actes auront préalablement été reconnus, vérifiés et déposés. On pourrait même, si on ne voulait pas créer législativement la nécessité d'une vérification, par crainte d'entraver la liberté des transactions, prescrire le dépôt du titre devant un fonctionnaire ; alors, et par la seule force des choses, les reconnaissances d'écriture et les rectifications se feraient avant que l'acte fût soumis à la formalité.

avec l'argent prêté, et que le bailleur de fonds colludant avec son débiteur, profitât de cette circonstance imprévue, et se fît faire, après coup, un acte de prêt sous seing privé pour établir que l'argent avait été originairement confié pour acheter. Cette fraude, très-facile avec le moyen des actes sous seing privé, nuirait gravement aux droits des tiers, et la loi s'est armée de précaution pour la prévenir. » (*Des hyp.*, n° 231.)

Digitized by Google

Mais quel sera ce fonctionnaire? La nature même des choses l'indique : ce sera le notaire. Il ne pourrait y avoir d'hésitation qu'entre lui et le conservateur. Toutefois, le conservateur n'a pas et ne peut pas avoir les connaissances nécessaires. D'ailleurs, il ne suffirait pas au travail. Par l'effet de la loi projetée, nous l'avons dit, quinze à seize cent mille actes vont être sujets à la transcription, en sorte que chaque conservateur aurait, en sus de ses occupations habituelles, quinze actes environ à examiner, chaque jour. Encore une fois, il n'y pourrait suffire. Ajoutons d'ailleurs que le conservateur n'a pas avec les parties des relations qui lui permettent de les appeler devant lui, de les entendre pour les diriger dans les rectifications dont leurs actes seraient susceptibles.

Cela rentre tout à fait, au contraire, dans les habitudes ordinaires et dans les fonctions du notaire, et c'est sans doute pour cela que la loi récemment votée en Belgique a cru devoir le désigner.

Nous croyons qu'il serait bon de suivre cet exemple, et nous ajouterons qu'on éviterait par là l'un des inconvénients graves que nous signalions tout à l'heure. Le dépôt de l'original chez le notaire, aurait pour résultat que la présentation d'une copie au conservateur serait désormais sans danger. Les falsifications seraient impossibles, dès qu'en se référant à un original qui existe et qui est déposé, on pourrait sur-le-champ rétablir la vérité.

Avec ce tempérament, la loi projetée pourra être efficace ; et si quelques inconvénients en peuvent résulter, ces inconvénients ne seront rien assurément en comparaison des tromperies et des fraudes auxquelles le projet non modifié livrerait infailliblement passage.

PAUL PONT,
Docteur en droit, Président du tribunal de Corbeil.

DE L'ACTION POSSESSOIRE

Relativement aux servitudes discontinues.

Dans un article sous ce titre, inséré au présent Recueil (t. III, p. 926), M. Gros critique un travail publié par moi (*ibid.*, p. 340).

Digitized by Google

Je passe sur l'accusation de *Synthèse large à l'excès*, de *raisonnements un peu vagues*, dont les lecteurs seront juges, pour en venir sans retard à la discussion des principes.

M. Gros veut montrer qu'à tort je refuse l'action possessoire au titulaire d'une servitude discontinue. Il s'exprime ainsi :

« Oui : *en général* la possession ne prouve rien relativement « aux servitudes discontinues. Mais *dans le cas où un titre* a éta- « bli la servitude imprescriptible de sa nature, la possession en « est-elle *sans valeur?* Certainement non : elle fait obstacle à « l'extinction du droit; et, si le titre remonte à plus de trente « ans, elle est un élément qui *doit* être nécessairement prouvé, « et sans lequel le droit établi par le titre s'évanouit. En effet, « pour conserver une servitude discontinue, trente ans après « l'acte qui l'a constituée, il n'est pas nécessaire de se pourvoir « d'un titre nouveau (Code Nap., 709) ; il suffit que des faits de « possession aient eu lieu depuis moins de trente ans. »

Comment le cas où un titre a établi la servitude imprescriptible de sa nature, peut-il former exception à cette concession qu'en général la possession ne prouve rien relativement aux servitudes discontinues? *En général*, la servitude discontinue est fondée sur un titre (art. 691, Code Nap.).

Et puis commode manière, en vérité, de prouver la possibilité pour le titulaire d'invoquer la possession, que d'avancer : elle n'est pas sans valeur, elle fait obstacle à l'extinction du droit ! C'est justement ce qu'il faudrait démontrer : car de quoi est-il question entre nous ? De savoir si la loi permet la preuve de cette possession, et même s'il peut y avoir une vraie possession ; deux points que je résous négativement (page 311), avec un des orateurs entendus dans la discussion du *titre des servitudes*.

La suite du raisonnement qu'on m'oppose est encore moins concluant.e Non, le droit reposant sur un titre ne s'évanouit pas parce que ce titre remonte à plus de trente ans, de cent ans même ; et la preuve, M. Gros la donne en disant qu'il n'est pas nécessaire de se pourvoir d'un titre nouveau. Mais s'il s'évanouissait, de quel secours serait l'article 709, inapplicable aux servitudes discontinues évidemment, puisqu'elles ne s'acquièrent pas par possession même immémoriale? D'aucun ; c'est la loi qui le dit, art. 691 ; c'est encore l'orateur dont j'ai parlé : « Rien n'as- « sure, rien ne peut même faire *légalement présumer* que le pro- « priétaire voisin ait eu une connaissance suffisante d'actes

Digitized by Google

« souvent fort équivoques, et dont la preuve est dès lors inad-
« missible. »

L'action possessoire *peut* donc et doit *être déniée au titulaire qui n'a pas laissé s'écouler une année depuis qu'un obstacle a été mis à sa jouissance.*

Il recourra au pétitoire, voilà son lot ; bon ou mauvais, qu'il l'accepte ; à chacun le sien. Il ne saurait être fondé qu'en titre ; il ne réclamera utilement que l'exécution de ce titre ; mais aussi cette réclamation sera valable vingt-neuf années même depuis qu'un *obstacle* lui aura interdit tout exercice, tandis que le simple possesseur annal d'une servitude continue et apparente devra réclamer son maintien dans l'année du *trouble* (707, C. Nap., et 23, C. de pr.). Les troubles, actes contraires à la jouissance, sont impuissants contre le premier ; par un juste et logique retour, les actes de jouissance ne font rien en sa faveur.

Ce qui porte M. Gros à accorder au propriétaire d'un droit de passage l'action possessoire, c'est uniquement la circonstance que la servitude discontinue se prescrit par le non-usage pendant trente ans. Mais *quid indè?* Tous les droits imaginables ont le même sort (2262, C. Nap.). Et pourtant le possessoire reste fermé à bien des droits, *putà* à tous les droits personnels. Pourquoi ? Parce qu'ils ne comportent pas une *vraie possession.*

Eh bien ! cette raison péremptoire, elle s'étend aux servitudes discontinues, encore un coup ; et *ubi eadem ratio, idem jus.*

Mais mon contradicteur ne s'y arrête en aucune façon, ai-je dit déjà. Il fait plus ; il suppose que je la perds moi-même de vue, car il me prête l'idée que les bénéficiaires de servitudes discontinues peuvent devenir *possesseurs précaires.*

Je l'invite à se convaincre, par une nouvelle lecture de ma troisième page, que j'applique, au contraire, cette hypothèse à tous les droits qu'on peut posséder *véritablement.*

Je n'ai rien de plus à relever dans l'article de M. Gros ; car si mon argumentation ne pèche, le surplus de cet article perd sa portée.

L. DORLENCOURT,

Juge au Tribunal civil de Douai.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

— Académie de législation de Toulouse. La séance de l'Académie de législation de Toulouse, du 18 janvier dernier, a retiré un intérêt tout particulier de la réception du P. Lacordaire qui avait été nommé précédemment associé libre. La réunion n'avait jamais été aussi nombreuse; plus de trente membres étaient présents.

Après la lecture du procès-verbal, M. le professeur Delpech, président, a exprimé au R. P. les sentiments qui avaient animé l'Académie, lorsqu'elle lui avait conféré le titre d'associé libre; il a rappelé au récipiendaire ses premières études juridiques, sa participation, dans d'autres temps, aux exercices du barreau; il a dit que sa nomination était un hommage rendu à son génie providentiel, aux vérités morales dont il est devenu l'éloquent apôtre, et témoigné enfin le bonheur qu'avait ressenti l'Académie, en formant ainsi entre la cité et son hôte illustre, un lien nouveau.

Le R. P. Lacordaire a répondu en ces termes :

« Messieurs,

« Si je ne considérais que ma personne dans le choix par lequel vous m'avez appelé à siéger dans une assemblée de jurisconsultes, j'éprouverais à vous remercier une sorte d'embarras, tant mes titres à cet honneur ont peu de réalité. J'ai, il est vrai, consacré quelques années de ma jeunesse à l'étude du droit, et des circonstances singulières m'ont permis de défendre devant la haute magistrature de l'ancienne pairie une liberté précieuse que la loi a pris plus tard sous sa souveraine protection. En d'autres occasions encore, il m'est arrivé de faire servir à des causes justes les souvenirs de ma première éducation civile. Mais, en votre présence, ces rares bonnes fortunes de ma vie ne me causent aucune illusion et me laissent désarmé devant la faveur de vos suffrages.

« Aussi, pour me réjouir en pleine sûreté de la place que vous m'avez ouverte à côté de vous, ai-je besoin de détourner mes regards de moi-même, et de voir, au lieu de moi, la religion s'as-

Digitized by Google

seyant à vos conseils. C'est elle que vous honorez, c'est elle qui vous remercie.

« Dans nos temps divisés, l'unique espérance de l'avenir est la réconciliation sincère de tous les rangs, de tous les services, de tous les devoirs. Il n'existe plus de classes proprement dites parmi nous, tant les vicissitudes politiques ont broyé et mêlé les hommes, mais il existe encore des rangs, des services et des devoirs divers : ce sont eux qui, en se rapprochant dans une estime mutuelle et par le sentiment de leur nécessité, formeront un jour la pierre solide où se reposera le genre humain. Longtemps, dans notre pays, la religion a été exclue de l'hospitalité des cœurs et reléguée loin du concile des choses nécessaires à la vie publique ; on la regardait comme une étrangère importune plutôt qu'une portion sacrée des droits et des offices de la patrie. Aujourd'hui cette erreur commence à s'évanouir ; la France comprend qu'elle a besoin de tous les dévouements, de toutes les aptitudes, de toutes les fidélités, et que rien n'est de trop ici-bas de ce que Dieu a fait pour les hommes. Vous donnez, Messieurs, en me faisant asseoir parmi vous, un exemple élevé de cette réconciliation qui contient l'avenir, et je me reproche, en considérant ce point de vue, de si mal vous remercier de tant d'honneur : mais l'esprit, pour s'exprimer avec empire, a besoin d'être libre, et rien ne lui ôte plus sa liberté qu'une vive gratitude. »

ERRATA.

Il s'est glissé quelques erreurs typographiques dans l'éloge historique de Barnabé Brisson, par M. Nicias Gaillard, publié dans la précédente livraison.

A la page 45, ligne 3 de la note, au lieu de : « dans *des* mémoires ; » lisez : « dans *les* mémoires. »

A la page 62 : retranchez les trois premiers mots de la seconde ligne.

A la page 64, ligne 15, au lieu de : « *paraît* n'être ; » lisez : « *paraîtrait* n'être. »

A la même page, placez, après le quatrième mot de la ligne 19, la première note de la page suivante.

A la page 68, ligne 7, au lieu de : « Harlay reste et fait tête ; » lisez : « Harlay reste ferme et fait tête. »

Digitized by Google

DE LA DÉTERMINATION DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ET DE LA RÉSERVE;

DE L'ACCROISSEMENT ET DU CUMUL EN CAS DE RENONCIATION PAR L'ENFANT DONATAIRE.

Examen doctrinal par M. Troplong [1].

SOMMAIRE.

1. Les enfants renonçants font-ils nombre pour déterminer la quotité disponible et la réserve?
2. S'ils font nombre, à qui doit profiter la part qu'ils répudient?
3. L'enfant qui renonce à la succession de son père pour s'en tenir au don qui lui a été fait par celui-ci ne peut-il retenir que la quotité disponible fixée par l'art. 943, ou bien peut-il retenir cette quotité et de plus la réserve? Dissentiment profond, sur cette question, entre les idées du Nord et celles du Midi.
4. Arguments pour l'affirmative.
5. Arguments pour la négative.
6. La Cour de cassation, qui avait d'abord pris parti pour ce dernier système, a fait un retour sur sa jurisprudence et a, non pas en 1843, comme on l'a souvent dit, mais dès l'année 1834, consacré le cumu..
7. Véritable état de cette nouvelle jurisprudence et rejet du biais intermédiaire imaginé par un arrêt de la Cour de Caen du 25 juillet 1837.
8. Conclusion : que la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation est un progrès notable et qu'il faut s'y tenir.

Occupons-nous maintenant de l'enfant renonçant à la succession. C'est assez dire que nous sommes parvenus à l'un des points les plus ardus et les plus controversés du droit actuel; l'importance de la matière exige que nous l'examinions avec détail.

Et d'abord les enfants renonçants font-ils nombre pour déterminer la quotité disponible et la réserve?

[1] Ce travail que M. le premier président Troplong communique à la Revue à laquelle il veut bien donner son appui et son concours, est extrait du commentaire des donations et des testaments auquel l'éminent magistrat met la dernière main. Quelque parti qu'il prenne sur les graves questions qui font l'objet de cet article, le lecteur ne pourra manquer de reconnaître que par le fond comme par la richesse des développements, ce travail marche dignement à côté de ceux qui ont donné au nom de M. Troplong le rang si élevé qu'il occupe dans la science.

Digitized by Google

Ensuite, s'ils font nombre, à qui doit profiter la part qu'ils répudient?

1. La première question n'est pas celle dont la solution présente le plus de difficultés.

Si nous l'envisageons par rapport au droit ancien, nous trouvons qu'il était universellement reconnu par les auteurs que les enfants renonçants faisaient nombre pour calculer la portion disponible, lorsqu'ils ne renonçaient que par suite des donations ou legs qu'ils avaient reçus du testateur; car ils seraient évidemment venus à sa succession s'ils n'avaient pas reçu ces libéralités [1].

Quant aux enfants qui avaient renoncé gratuitement et sans avoir reçu aucun don, on ne les faisait pas entrer en ligne de compte [2].

Cette distinction ne peut plus être admise, aujourd'hui que l'art. 913 fait dépendre la fixation de la portion disponible du nombre d'enfants que le défunt laisse à son décès. Reportons-nous, en effet, à l'esprit de la loi. Elle fait du patrimoine du père une masse commune dans laquelle ce dernier n'a qu'une part virile disponible. Or, cette part virile reste fixée par le nombre d'enfants existants au moment du décès : un quart pour le père, s'il y a trois enfants, car la société est censée composée de quatre, lui compris; un tiers, s'il n'y a que deux enfants, car alors elle est composée de trois personnes, et le tiers a été disponible pendant la vie du père. Or, cette disponibilité ainsi précisée au moment du décès, ne saurait prendre plus d'étendue par un fait postérieur et qui arrive lorsque tout est consommé. La renonciation d'un enfant, manifestée après la mort du disposant, n'empêche pas que durant sa vie celui-ci n'ait été limité à une part précise, qu'il ne pouvait dépasser sans abus de son droit : ce n'est pas lorsqu'il est mort, que son pouvoir de disposer peut recevoir un accroissement qu'il n'avait pas de son vivant.

Le nombre des enfants est donc la seule base à laquelle on doive s'arrêter pour ne pas tomber dans les distinctions un

[1] Lebrun. *Success.* L. 3, chap. 8, sect. 2, nos 76 et 77, et L. 2, chap. 3, sect. 6, nos 8 et suiv. — Pothier, *Donat. entre-vifs.* III. V. 3, et sur la coutume d'Orléans. — *Introduct. au tit. des Donations*, no 79. — Ricard., partie III, no 1056. — Furgole, chap. VIII, sect. 2, nos 144 et suiv.

[2] Lebrun, *loc. cit.* et autres. — L. X, § 4. *D. de bonor. possess. contra tabulas*, qui dit qu'il est hors de propos « *ut partem faciant nihil habituri.* »

Digitized by Google

peu arbitraires de notre ancienne jurisprudence française, et que je ne trouve pas généralement admise par les docteurs étrangers, qui ont examiné la question au point de vue du droit romain. Car Merlinus enseigne d'une manière générale que l'enfant qui renonce après la mort de son père, fait nombre pour la légitime [1]. Ce sont tous les enfants en général qui doivent être comptés sans distinction de ceux qui acceptent, ou de ceux qui renoncent *aliquo accepto,* ou *aliquo non accepto.*

Telle est au surplus l'opinion généralement admise dans la pratique : le texte de l'art. 713 lui est si favorable qu'on ne la discute plus au barreau [2].

2. Voyons maintenant notre seconde question. L'ancienne légitime en pays coutumier ne formait pas une masse dévolue en gros à tous les enfants; c'était une assignation personnelle à chaque enfant, en proportion de ce qu'il aurait eu s'il eût succédé ab intestat [3].

De ces principes on tirait une conclusion remarquable, c'est que, chaque enfant devant se trouver content (ce sont les termes de Ricard), quand il avait la quotité personnelle qui lui était légalement déférée, la part de l'enfant renonçant tournait au profit du légataire universel [4].

Furgole enseignait une autre doctrine pour les pays régis par le droit écrit. Se fondant sur la novelle 18 (qui modifie la loi 8 D. *de inoff. Test.*), il soutenait que la légitime n'était pas affectée à chaque enfant en particulier, comme une portion de la succession, mais que la quotité réservée était assignée à tous les enfants, pour en faire la division entre eux par égales parts et portions [5] : il tirait de là la conséquence que la part du renonçant accroissait *jure accrescendi*, aux autres enfants. L'opinion de ce savant auteur était généralement suivie en pays de droit écrit [6]. Mais il était trop difficile de l'accommoder à l'art. 298 de la Coutume de Paris, pour la faire recevoir en pays

[1] Merlinus, *de legitimâ*, 1, 4, 3, n° 42.

[2] *Contrà.* Delvincourt, note 7 de la page 64. — Valette, *Droit*, 17 décembre 1845. — Ginoulhiac, *Revue étrangère*, 1846, p. 460. — Marcadé, t. III, n° 536.

[3] Argument de l'art. 298 de la coutume de Paris.

[4] Lebrun, *loc. cit.*

[5] Furgole, *loc. cit.*, n°s 144 et 148.

[6] Merlinus, *de legitim.* 1, 4, 3, n° 42, et il cite Paul de Castro et autres.

Digitized by Google

coutumier. Vraie dans les pays régis par le droit romain, elle cessait de l'être sous l'empire des coutumes.

Le Code Napoléon, ainsi que nous l'avons déjà dit, en divisant le patrimoine du père de famille en deux parts, a dévolu la quotité indisponible *in solidum*, aux héritiers réservataires pour que cette quotité formât la succession; il a voulu de plus que la part de l'héritier renonçant accrût à ses cohéritiers (art. 786), il s'ensuit donc que ce sont les héritiers du sang saisis de la succession qui profitent de la légitime de l'héritier qui renonce. Le Code a adopté dans ses résultats un système conforme au droit de Justinien, et beaucoup plus favorable aux enfants que la législation qui faisait passer aux légataires universels la portion du renonçant.

3. Ceci nous conduit à une troisième question bien plus délicate, et que nous posons de la manière suivante :

« L'enfant qui renonce à la succession de son père pour s'en « tenir au don qui lui a été fait par celui-ci ne peut-il retenir « que la quotité disponible fixée par l'art. 913, ou bien peut-il « retenir cette quotité, et de plus sa réserve ? » de sorte que les autres enfants doivent se trouver satisfaits lorsqu'ils reçoivent ce qu'ils auraient reçu si la quotité disponible eût été donnée à un étranger, et si le renonçant n'eût pas renoncé.

Les auteurs et les tribunaux se sont partagés sur l'affirmative et la négative, et un dissentiment profond existe depuis trente ans sur cette grave question soit entre les idées du Nord et celles du Midi, soit entre les auteurs de toutes les écoles, soit enfin dans la jurisprudence [1].

Tout le monde convient, au reste, que l'enfant renonçant n'a pas d'action pour réclamer sa légitime, puisque cette légitime fait partie de l'hérédité et qu'il a repoussé la qualité d'héritier; mais la difficulté commence quand, ayant reçu de son père un don d'une valeur égale à sa légitime et à la quotité disponible cumulées, il se défend par exception pour le conserver contre l'action des autres enfants.

4. Les partisans du cumul de la quotité disponible avec la réserve, font valoir les raisons suivantes [2], dont la gravité n'échappera à aucun esprit attentif.

[1] *Revue de législation*, 1843, vol. II, art. de M. Pont. — *Revue étrangère*, 1844, p. 630. — Zachariæ, t. V, p. 144.

[2] Grenier, t. IV, nos 563 et suiv. — Levasseur, *Portion disponible*, no 159,

Digitized by Google

« La législation ancienne à laquelle il faut toujours avoir re-
« cours pour éclaircir les difficultés des lois actuelles donnait à
« l'enfant renonçant la faculté de retenir outre son don une
« quotité égale à sa légitime. Il faisait tout ce que la loi l'obligeait
« à faire en payant aux légitimaires ce qui leur était personnel-
« lement dû à ce titre. La novelle 92 en contenait une disposition
« expresse pour les pays de droit écrit.

« Quant aux pays coutumiers, quoiqu'il fût nécessaire d'être
« héritier pour intenter l'action en légitime, il n'était pas néces-
« saire d'avoir cette qualité pour conserver par voie d'exception,
« et repousser l'action en retranchement des objets donnés.
« C'est ce qu'enseignaient Dumoulin, Ricard, Pothier et tous les
« jurisconsultes.

« Ricard [1], après avoir dit que l'on ne doit pas faire entrer
« dans la supputation de la légitime, les enfants qui ne pren-
« nent pas part soit par incapacité soit par l'effet d'une renon-
« ciation pure et simple, ajoute : « Ce que nous venons d'établir
« en général doit recevoir à mon avis son exception lorsque
« l'enfant qui ne prend point de part en la légitime n'est pas ab-
« solument incapable, et qu'il n'a pas renoncé purement et sim-
« plement, mais *aliquo accepto,* comme quand le fils qui a reçu
« quelque chose de la libéralité de son père, trouvant plus d'a-
« vantage à conserver ce qui lui a été donné qu'à se hasarder
« de rapporter à la masse et au profit des autres ce qu'il aurait
« reçu de plus, renonce à la succession [2].

« Telle est aussi la doctrine de Pothier. « Tous conviennent,
« dit-il, que s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la lé-
« gitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la
« retenir par voie d'exception [3].

p. 168. — Proudhon, *Consultation* rapportée par Sirey, t. XVIII, 1. 105. — Rolland de Villargues, *Dissertation* dans Sirey, t. XIII, 2. 201. — C. de Toulouse, 7 août 1820. S. 20. 2. 296. — C. de Paris, 31 juillet 1821. S. 22. 2. 104. — C. Toulouse, 9 août 1845. S. D. 46. 2. 6 et 7. — Tribunal de Figeac, 4 décembre 1845. S. D. 46. 2. 7. — C. Montpellier, 14 mai 1845. S. D. 45. 2. 550. — C. Lyon, 22 juin 1843. S. D. 44. 2. 289. — C. Lyon, 13 juin 1844. S. D. 45. 2. 551.

Nous verrons que la Cour de cassation, après avoir repoussé ce système, l'a adopté.

[1] Ricard, part. III, nº 1063.

[2] Ricard, *loc. cit.*, nº 1064 et 1065.

[3] *Donat. entre-vifs* et sur Orléans, *Introd. au tit.* 15, nº 76.

Digitized by Google

« L'art. 317 de la Coutume de Paris était rédigé dans ces « principes et l'ordonnance de 1731 les avait consacrés par son « art. 34. »

« Ce que l'ancienne législation décidait sur ce point, doit être « suivi sous le Code Napoléon, car d'une part le Code n'a pas de « dispositions explicites relativement à la difficulté agitée, et de « l'autre il semble que dans son silence on doit s'en référer aux « principes que l'équité et la saine raison avaient fait universel- « lement admettre par nos maîtres en jurisprudence. Cela sur- « tout devient évident si l'on se reporte aux discussions du con- « seil d'État sur l'art. 921 ; on voit que dans l'intention des « rédacteurs du Code la réserve a été attribuée à l'enfant comme « enfant et non comme héritier. D'ailleurs le Code n'a pas défini « littéralement les mots *portion disponible*. Mais la raison dit « qu'on doit entendre par là tout ce dont une personne peut « disposer sans porter atteinte à la part de ses héritiers à réserve, « autres que le donataire. Aussi la quotité disponible d'un père « envers un étranger est tout son patrimoine, moins la part ré- « servée à ses enfants : et celle d'un père en faveur de l'un de ses « enfants est tout le patrimoine, moins la part compétente à « chacun des autres enfants, c'est-à-dire toute la quote qui était « disponible envers un étranger, et de plus la part de réserve « que la loi assigne à cet enfant donataire. D'où il suit qu'il y a « deux sortes de quotités disponibles, l'une absolue à l'égard « des étrangers, l'autre relative en faveur des héritiers à réserve. « La quotité disponible dont parlent les art. 845 et 919 est une « quotité relative, elle comprend la quotité disponible ordinaire, « plus une part d'enfant.

« C'est vainement qu'on objecte l'art. 786 du Code Napoléon « qui décide que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers. « D'abord cet article ne forme pas une disposition nouvelle, « ainsi qu'on peut s'en convaincre en jetant les yeux sur le titre « du Digeste *de adq. vel omitt. hæredit.* Mais ensuite, il faut distin- « guer deux sortes de renonciations, l'une pure et simple, absolue, « indéfinie, qui fait disparaître l'héritier et ne lui laisse ni droits « ni qualités; il fallait donc bien dire alors ce que deviendrait sa « portion vacante, et c'est à ses cohéritiers que la loi de tous les « temps l'a attribuée : l'autre, conditionnelle, et faite seulement « *aliquo accepto*; et celle-ci est bien différente de la précédente : « l'héritier ne renonce comme héritier que pour se présenter

Digitized by Google

« ensuite comme donataire ; il ne disparaît pas, il ne fait que « changer de rôle, et choisir entre deux titres celui qui lui est « le plus avantageux : on ne peut donc pas dire que sa portion « soit vacante, puisqu'il la recueille *alio titulo*.

« Au surplus les enfants n'ont que deux voies pour faire tou- « cher aux donations faites par leur père. La voie du rapport et « celle de la réduction. Celle du rapport ne peut avoir lieu, car « d'après les art. 843 et 857 le rapport n'est dû qu'entre cohéri- « tiers venant à une même succession, et le donataire renonce « à la succession. Celle de la réduction n'est pas plus praticable. « Car les enfants ne peuvent l'intenter que pour être remplis « de leur légitime ; or dans l'état de choses qui fait notre hypo- « thèse, ils ont leur légitime intacte, et ce serait la légitime du « donataire qu'ils demanderaient.

« Et qui ne voit les inconvénients du système contraire ? Le « père en faisant une donation universelle de ses biens à un de « ses fils, ne pourrait lui donner sa légitime, lorsque la loi lui « défend de la lui ôter ! et par cela seul qu'elle aurait été donnée « à ce fils, elle devrait appartenir aux autres enfants ! Il faudrait « admettre que la quotité réservée à l'enfant n'est pas disponible « en sa faveur, et que le père ne peut pas se réunir à la loi pour « la lui donner ! résultat bizarre qui fait sentir l'invraisemblance « du système opposé au cumul. Évidemment le père qui donne « à l'un de ses enfants une partie de ses biens, non-seulement ne « contrevient pas à la loi mais se conforme à l'intention législa- « tive qui a dicté l'art. 913. D'ailleurs le système opposé au « cumul, a un vice qui dans le doute doit le faire repousser sans « hésitation. Il tend à restreindre la faculté de disposer et à « gêner singulièrement le père de famille dans ses dispositions « pour l'établissement de ses enfants. »

Quelque pressante que soit cette argumentation, elle est loin d'avoir réuni l'unanimité des suffrages : on a cherché à la réfuter avec les principes et l'esprit du Code Napoléon [1].

[1] Toullier, t. V, nº 110. — M. Lescot, t. II, nºs 313, 315 et suiv. — M. Dalloz, t. V, nº 47. — M. Duranton, VIII, 255. — Cassation, arrêt du 17 février 1818. S. 18. 1. 98, connu sous le nom d'arrêt Laroque de Mons. — On lira avec intérêt le savant rapport de M. Poriquet. Nous ferons remarquer que les conclusions de M. l'avocat général Cahier furent contraires à l'arrêt de la Cour de cassation et à l'avis du rapporteur. — Mais la Cour a décidé le contraire, 17 mai 1843. (Devill. 43. 1. 689.) Elle s'est prononcée

Digitized by Google

5. Lorsqu'une législation est établie sur des principes différents de celle qui l'avait précédée, il est impossible de tirer des inductions de l'une à l'autre. C'est cependant ce que font les partisans du cumul. Ils argumentent d'une législation abrogée à une législation toute nouvelle. Partant d'une base erronée, ils doivent donc arriver à une conclusion vicieuse.

La réserve établie par le Code n'est en effet ni la légitime des pays de droit écrit, ni la légitime des pays coutumiers. Ce n'est plus une portion de la succession ab intestat réservée aux enfants par la loi pour leur assurer des aliments, c'est une quotité indisponible de la succession déterminée sur le nombre des enfants existants au décès du testateur. Ce n'est plus, comme dans le droit romain, une délibation de l'hérédité; c'est au contraire l'hérédité même : ce n'est plus, comme dans les pays coutumiers, une quotité attribuée personnellement à chacun des légitimaires en particulier; c'est une masse qui leur est dévolue *in solidum* et dont ils sont saisis tous ensemble pour ensuite se la partager entre eux.

Si dans le droit romain l'héritier renonçant pouvait retenir sa légitime d'après la novelle 92, la raison en était que le légitimaire n'était pas héritier, et que par conséquent il pouvait en répudiant garder par devers lui une légitime qui ne faisait pas partie de la succession.

Si dans les pays de coutume, où il fallait être héritier pour demander la légitime, on décidait que l'enfant renonçant à l'hérédité pour s'en tenir à son don pouvait retenir cette légitime par voie d'exception, c'est par la raison décisive que la quotité disponible n'était nullement limitée, et que la donation, à quelque somme qu'elle montât, n'était sujette au retranchement que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire pour remplir chaque enfant de sa légitime personnelle. D'où il suivait que pourvu qu'on laissât à chaque enfant sa portion particulière intacte, il devait être satisfait, et n'avait pas le droit de se plaindre de l'excès de la donation. Et comme la donation faite à l'enfant avantagé comprenait sa légitime aussi bien que les autres objets donnés, il était clair qu'il pouvait la retenir pourvu qu'il indem-

pour le cumul. Autre arrêt, 21 juillet 1846. (Devill. 46. 1. 826.) — Orléans, 5 déc. 1842. (Devill. 46. 2. 1.) — Rouen, 10 mars 1844. (Devill. 45. 2. 242.) — Riom, 25 avril 1845. (Devill. 45. 2. 290.) — Grenoble, 4 août 1845. (Devill. 45. 2. 551.) 15 décembre 1849. (Dalloz. 50. 2. 77.)

Digitized by Google

nisât les autres enfants de la part légitimaire à eux dévolue en détail.

Toutes ces raisons ne peuvent trouver place sous le Code Napoléon. La portion indisponible forme l'hérédité. La quotité disponible est limitée suivant le nombre des enfants existants au décès du disposant. La réserve est une masse qui passe en gros et indivise aux réservataires [1]. Par conséquent, si l'un d'eux renonce, sa part accroît aux autres (art. 786), et ceux-ci ont le droit de la réclamer. On ne peut leur dire qu'ils doivent se contenter de la part qu'ils auraient recueillie, s'il n'y avait pas eu de répudiation; car la loi ne donne rien à chaque enfant pris isolément; elle donne à tous les enfants en commun [2].

Ainsi point d'analogie à tirer de la loi ancienne à la loi actuelle. Le Code Napoléon a créé sur les réserves un système nouveau dont toutes les parties doivent s'interpréter les unes par les autres, et par l'esprit qui a dirigé le législateur.

Vainement dit-on que la réserve est attribuée à la qualité d'enfant et non à la qualité d'héritier. C'est une erreur insoutenable. La preuve que le Code Napoléon considère le réservataire comme seul héritier, c'est qu'il lui donne la saisine des biens après le décès du testateur, et que le légataire même universel est obligé de lui demander la délivrance [3]; c'est pourquoi il a été très-justement décidé que l'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir à la réserve, ne renonce pas et qu'il retient la qualité d'héritier attachée à l'acceptation de la réserve [4]. Inutile de dire qu'on peut avoir la saisine des biens sans être héritier, comme l'exécuteur testamentaire, et l'enfant douairier dans quelques anciennes coutumes. Alors la saisine est donnée à un titre différent de celui d'héritier, et ce titre est fixe et connu, c'est celui d'exécuteur testamentaire, et *de douairier;* mais, dans notre cas, à quel titre la saisine des biens serait-elle attachée, si ce n'est au titre d'héritier? l'enfant en a-t-il un autre possible? car on ne dira probablement pas que c'est le titre d'enfant qui procure la saisine des biens, puisque dans le droit romain l'enfant simple légitimaire ne l'avait pas, et qu'elle était dévolue aux héritiers *ex testamento,* par la raison que l'enfant

[1] Rouen, 10 (ou 3) mars 1844. (Devill. 45, 2. 242.)
[2] *Ibid.*
[3] Art. 917, 1004, 1006, 1009, 1011 Code Napoléon.
[4] Cassat. req., 29 mars 1842. (Devill. 42. 1. 461.)

Digitized by Google

n'était qu'enfant et pas héritier de la loi. Les discours des rédacteurs du Code Napoléon ne sont nullement un obstacle à ce système que nous soutenons. On a pu dire au conseil d'État, en discutant l'art. 921, que la réserve était donnée à l'enfant, mais il s'agissait d'un cas particulier, faisant exception. En effet, dans le cas de cet article on a donné la réserve à l'enfant, comme enfant, afin que le créancier ne puisse pas le dépouiller. Mais cette anomalie n'est relative qu'au créancier et ne s'étend pas au delà.

Sans doute le Code n'a pas donné la définition des mots *quotité disponible* et *réserve*, mais il en fait la description la plus précise, celle qui peut le mieux fixer l'esprit sur le véritable sens de ces expressions, il rend sa pensée par une opération mathématique, qui divise le patrimoine du père de famille en deux parts dont l'une calculée sur le nombre des enfants est libre entre les mains du propriétaire qui peut à son gré lui donner la destination qui lui convient, et l'autre demeure en réserve pour former l'hérédité, et se diviser entre les enfants légitimaires. Cette quotité disponible est une à l'égard de tous, elle est invariable suivant qu'il y a plus ou moins d'enfants au décès du disposant, et c'est par une confusion d'idées que l'on dit qu'il y a deux sortes de quotités disponibles, l'une à l'égard des étrangers, l'autre à l'égard des enfants. Le Code n'a pas fait cette distinction et ne devait pas la faire dans le système qu'il a créé. Sans doute le père de famille peut, par une clause expresse, réunir sur la tête d'un de ses enfants la quotité dont il pouvait disposer envers un étranger et sa part d'enfant. Mais il ne s'ensuit pas que cet enfant avantagé tienne ces deux choses à titre de quotité disponible, il ne peut, suivant nous, les recueillir qu'à deux titres différents que l'on s'obstine à vouloir confondre ensemble. La part d'enfant, il ne peut l'appréhender qu'à titre d'héritier, car c'est *legitima pars hæreditatis*. La quotité disponible, il ne la prend que comme donataire étranger. Or, si notre proposition est véritable, il s'ensuit nécessairement qu'il n'y a qu'une sorte de quotité disponible, et que c'est par un abus de mots qu'on en crée une à l'égard des enfants; il s'ensuit encore que les mots *réserve* et *quotité disponible* présentent deux sens différents, et que ce qu'on a à titre de réserve, on ne peut l'avoir à titre de quotité disponible, l'une étant l'hérédité même, l'autre n'étant qu'une délibation de l'hérédité. Donc il est faux de dire

Digitized by Google

que l'enfant avantagé puisse recueillir, à titre de quotité disponible, la quotité disponible ordinaire, plus une part d'enfant.

C'est une couleur qui n'a rien de réel que de dire comme M. Proudhon que la part d'enfant est disponible du père au fils. Il n'y a plus aujourd'hui, à proprement parler, de part qu'on puisse appeler part d'enfant, il n'y a qu'une *quotité disponible* et une *quotité indisponible*. Celle-ci est donnée indivisément à tous les enfants, de telle sorte que l'indivision ne cesse que par leur concours, c'est-à-dire par l'appréhension de parts égales. Mais si l'un d'eux ne vient pas prendre sa part, l'indivision ne se fait pas quant à lui, et la solidité demeure à ceux qui recueillent; c'est le droit d'accroissement consacré par l'art. 786 du Code Napoléon.

A quoi servirait au père de donner à son fils ce que la loi lui attribue et ce qu'il ne peut pas lui ôter ? Ce ne serait pas lui qui donnerait, ce serait la loi, et il ne pourrait donner que sous les conditions exigées par la loi, et au même titre que la loi. Or la loi ne donne qu'à l'héritier; donc le père de famille ne peut, plus puissant que la loi, donner la portion réservée et légale à celui qui ne se porterait pas héritier. Qu'il exerce son pouvoir tant qu'il voudra sur les biens disponibles; mais qu'il respecte cette part sacrée que la loi a voulu mettre au-dessus de toute disposition capricieuse. En permettant à son fils de prendre la réserve sans être héritier, il disposerait d'une chose déclarée indisponible, et la loi qui conserve toujours son empire, ne permettrait pas que, par un caprice, il vînt modifier les conditions desquelles elle fait dépendre le droit de venir à partage dans la quotité disponible. Donc il faut que l'enfant à qui sa part de légitime a été donnée par anticipation, se porte héritier pour la retenir, puisque cette part est *legitima pars hæreditatis*. S'il répudie, sa part accroîtra aux enfants ses cohéritiers, et il ne pourra la retenir même par exception, car on ne peut retenir par exception que lorsque celui qui demande n'a pas de droits et par conséquent point d'action. Mais ici les enfants acceptants ont un droit qui n'est limité que par la défalcation de la quotité disponible et qui comprend la portion indisponible tout entière, quel que soit le nombre de ceux qui se portent héritiers.

On ne saurait admettre la distinction que font les partisans du cumul entre la renonciation pure et simple et la renonciation faite *aliquo accepto*. Sans doute cette distinction était parfaitement fondée sous une législation qui ne donnait pas aux légiti-

Digitized by Google

maires le droit de faire réduire l'*aliquo accepto* lorsqu'ils avaient reçu leur quote personnelle. Mais aujourd'hui elle est sans objet puisque les réservataires ont action pour faire réduire les donations excessives de leurs auteurs, non pas jusqu'à concurrence de leur part virile, puisque la loi n'en détermine aucune, mais jusqu'à concurrence de la quotité fixée par l'art. 913.

Ce raisonnement fait pour donner une ombre de couleur à cette distinction paraît d'une réfutation facile. «L'enfant avantagé, « disent-ils, ne renonce comme héritier que pour prendre « comme donataire; entre deux titres il choisit le plus favorable.» Mais il faudrait prouver que cet enfant peut recueillir comme donataire ce qui n'est attribué qu'à la qualité d'héritier; il faudrait prouver qu'en ce qui concerne la réserve, il a le choix entre le titre d héritier et celui de donataire. Au contraire, il est clair que ces deux titres ne peuvent convenir pour l'appréhension de la part du patrimoine destinée aux enfants. Si donc l'enfant avantagé répudie, il est censé n'avoir jamais été héritier, et sa part demeure vacante; ce sont ses cohéritiers à réserve qui en profitent. Pour lui, il ne retient que les biens composant la quotité disponible afférente à un étranger.

Le dilemme par lequel les partisans du cumul veulent faire triompher leur système n'est pas plus concluant que tout le reste. On convient que la voie du rapport ne serait pas utile pour toucher à la donation excessive; car le rapport ne peut avoir lieu qu'entre cohéritiers, et l'enfant avantagé répudie, dans notre hypothèse, cette qualité. Mais c'est en raisonnant sur une erreur matérielle que l'on soutient *ex adverso* que l'action en réduction est également inadmissible. De quel droit, en effet, pourrait-on dire aux enfants réclamant une réduction qu'ils doivent se contenter d'une portion virile? Où est le texte de la loi qui la leur assigne par tête et divisément? Ne serait-ce pas les ramener sous le joug d'une législation abrogée, qui les réduisait à une portion congrue de la succession *ab intestat?* Le Code n'est-il pas parti de données tout à fait différentes? n'a-t-il pas dévolu la réserve à tous les enfants collectivement sans détermination de parts individuelles? Dès lors n'est-il pas mille fois évident que cette part ne peut décroître par la répudiation d'un ou plusieurs des enfants, et que ceux qui restent, devant la recueillir intacte, ont une action pour faire réduire jusqu'à due concurrence les dons qui lui ont porté atteinte?

Digitized by Google

Les considérations qu'on ajoute pour rendre ce dernier système défavorable sont non-seulement déplacées, puisque ce n'est pas par des considérations mais par le texte même de la loi que le juge doit se décider ; mais elles sont encore basées sur des hypothèses entièrement fausses. En effet, il n'est pas vrai de dire que l'exclusion du cumul gêne le père de famille dans l'établissement de ses enfants; celui-ci peut trouver toute la latitude possible dans la faculté de donner à l'un d'eux par préciput et hors part. Mais comment les adversaires n'ont-ils pas vu que leur doctrine tend à contrarier les volontés du disposant et à bouleverser le partage qu'il avait voulu faire de sa succession ? Ne sait-on pas que les donations faites par le père à un de ses enfants, sans clause de préciput, ne sont censées faites qu'en avancement d'hoirie ? et dès lors, ne s'aperçoit-on pas promptement qu'en ne dispensant pas du rapport l'enfant donataire de la quotité disponible, le père de famille n'a pas voulu l'avantager au delà de sa portion héréditaire ? Sur quel fondement voudrait-on donc que cet enfant cumulât sa part héréditaire avec la quotité disponible [1] ? Pour consacrer ces principes subversifs il faudrait (comme l'a dit très-énergiquement M. Poriquet), distinguer où le Code n'a pas distingué, donner à l'enfant, qui répudie la qualité d'héritier, ce qu'il aurait eu comme héritier ; dire que les libéralités peuvent excéder la quotité dont il est permis de disposer; qu'on est saisi d'une partie de la succession sans être héritier ; que les héritiers ne sont pas saisis de plein droit de tous les biens, droits et actions du défunt, et que la part des renonçants ne leur accroît pas ; ce serait, en un mot, contrevenir à toutes les dispositions fondamentales du Code sur cette matière.

6. Ce dernier système, que nous avons résumé avec une impartialité fidèle, a eu longtemps pour lui l'imposante autorité de la Cour de cassation, et cette autorité a entraîné sous son drapeau plus d'un grave jurisconsulte même au prix de dociles rétractations [2]. Depuis 1818, date du fameux arrêt connu sous le nom d'arrêt Larroque de Mons, on s'était accoutumé à regarder la Cour de cassation comme l'inébranlable adversaire du cumul. J'avoue que moi-même, j'ai de bonne heure formé mon opinion

[1] Arrêt de Rouen, 10 (ou 3) mars 1844. (Devill. 45. 2. 242.) — Jug. du tribunal de Nyons, 10 janvier 1844. (Devill. 45. 2. 244.) Confirmé en appel par la Cour de Grenoble, le 4 août 1845. (Devill. 45. 2. 551.)

[2] MM. Grenier, t. IV, n° 566 (*bis.*) — Chabot, *Success.*, sur l'art. 845.

Digitized by Google

sur l'arrêt Larroque de Mons, fort bien motivé du reste et fait pour produire une vive impression. Mais plus tard, et après de longues années passées dans cette confiance, un revirement subit s'est opéré, et la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du cumul. Je crois que ce changement est du nombre de ceux qui marquent un notable progrès dans la jurisprudence [1].

Ce n'est pas en 1843, comme on l'a souvent dit, que s'est accomplie cette grande innovation. C'est en 1834, par l'arrêt Castille, non moins important, non moins mémorable que l'arrêt Larroque de Mons [2]. Ce qui a fait illusion à quelques interprètes, c'est que la question a été tranchée dans cet arrêt, à propos d'une question d'imputation. Il s'agissait en effet, en premier ordre, de savoir si un don fait en avancement d'hoirie par contrat de mariage, devait être imputé sur la portion disponible ou sur la réserve, en cas de renonciation de la fille donataire. Mais en second ordre, naissait la question subsidiaire de savoir, si, l'imputation devant être faite sur la réserve, la fille renonçante devait restreindre son don à la part qu'elle aurait eue dans la réserve, si elle n'eût pas renoncé ; ou bien si elle pouvait au contraire s'en faire payer tant sur la réserve que sur la portion disponible. Le tribunal de première instance d'Uzès et la Cour de Nîmes, considérant que le père avait fait un simple avancement d'hoirie, avaient décidé que la fille n'avait reçu qu'une anticipation sur sa réserve ; mais ils avaient en même temps décidé que cette dernière ne pouvait retenir son don que jusqu'à concurrence seulement de la réserve légale; ils avaient donc exclu le cumul. Mais la Cour de cassation, tout en adoptant le système de l'imputation du don sur la réserve, décida expressément que la fille donataire pouvait et devait se faire payer de son don d'abord sur la réserve et ensuite sur la quotité disponible. Et c'est aussi ce qui fut décidé par la Cour d'Aix saisie de l'affaire par renvoi après cassation [3]. Cette Cour d'appel infirma en ce que le premier juge avait pensé que l'avancement d'hoirie ne devait se prendre que sur la réserve; elle statua que la donation devait tenir en entier; que n'ayant été

[1] Ce n'est pas l'opinion de M. Coin-Delisle, dans sa dissertation intitulée: « *Limite du droit de retention par l'enfant donataire renonçant.* »
M. Moulin, dans un article du *Droit* du 30 mars 1853, croit que ce changement de jurisprudence a été l'objet d'une réprobation universelle.

[2] 25 mars 1834, cassation d'un arrêt de Nîmes. (Dalloz. 34. 1. 159.)

[3] 13 février 1835, Dalloz. 35. 2. 97.

Digitized by Google

révoquée par aucun fait quelconque, et étant d'ailleurs irrévocable de sa nature, elle devait sortir à effet pour le tout, en cumulant la réserve avec la quotité disponible. Il est donc certain que l'arrêt Castille est le principe du changement de jurisprudence que nous signalons et M. l'avocat général Hello l'interprétait exactement lorsqu'en 1843, il le représentait comme ayant cette haute portée[1]. Il dévie, en effet, du chemin tracé par l'arrêt Larroque de Mons, il veut qu'un enfant renonçant puisse prendre sa donation sur la réserve, c'est-à-dire sur cette partie de l'hoirie que l'arrêt Larroque de Mons avait déclarée être tout à fait étrangère à l'enfant renonçant.

Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1843, portant cassation d'un arrêt de la Cour d'Angers, il continue et élargit les voies ouvertes par l'arrêt Castille[2].

La veuve Leproust avait fait à ses deux fils Louis et Clément, un avancement d'hoirie de 550 fr. chaque, elle décéda laissant quatre enfants. Louis déclara renoncer à la succession pour s'en tenir à son don; Clément ne renonça pas.

Le tribunal de première instance avait pensé, avec l'arrêt Larroque de Mons, que la renonciation de Louis faisait de lui un étranger; qu'il n'avait pas droit dès lors à la réserve, qu'il n'y pouvait rien prendre et devait se contenter de la portion disponible, sans la légitime. La Cour d'Angers confirma cette décision. Mais son arrêt fut cassé, ainsi qu'il suit :

« Attendu que le père de famille ne peut entamer la réserve « légale au préjudice de ses enfants.

« Que s'il a disposé en faveur de l'un d'eux, la renonciation « de celui-ci à la succession paternelle pour s'en tenir à la dona- « tion à lui faite, n'a d'autre résultat que de lui donner le droit « de retenir, dans les limites de la loi, ce qui lui a été donné ; « mais que par là, il n'abdique pas sa part dans la réserve lé- « gale, à laquelle sa qualité d'enfant lui donne droit; que cela « résulte de la combinaison des art. 845 et 919 du Code civil, « d'où il suit qu'en décidant que l'enfant donataire qui renonce « à la succession paternelle perd sa légitime, parce qu'il n'est « plus héritier, l'arrêt attaqué a violé les lois précitées, etc., etc. »

On touchera facilement au doigt la liaison intime de cet arrêt

[1] Devill. 43. 1. 693.
[2] Devill. 43. 1. 690.

Digitized by Google

avec l'arrêt Castille. Dans l'arrêt Castille comme dans celui-ci, la réserve est donnée à l'enfant renonçant parce qu'il est enfant et non parce qu'il est héritier; dans le premier arrêt comme dans le second, on permet à cet enfant de retenir la totalité de son don dans les limites de la loi et de joindre, pour cela, la réserve à la quotité disponible.

Maintenant, pour montrer combien est complet le changement de jurisprudence, nous ferons remarquer que dans l'arrêt Larroque de Mons, c'était un fils à qui sa mère avait fait une donation en mariage, tellement large qu'on aurait pu la considérer comme universelle; c'était une donation qui (ainsi que le faisait remarquer M. Proudhon dans une consultation donnée sur l'affaire) [1] équivalait à réduire les autres enfants à leur légitime, en donnant tout le surplus à l'autre; car Larroque de Mons était donataire de tous les biens à la charge seulement de souffrir les retranchements pour la légitime de ses frères et sœurs : cette donation ne pouvait donc subsister, dans l'intention de la mère donatrice, qu'en réunissant à toute la portion disponible une part d'enfant. Dans cette position Larroque de Mons disait : Ma mère m'a donné tout son patrimoine, moins les réserves des autres enfants. Est-ce que cette disposition peut souffrir des difficultés? est-ce que tout n'était pas disponible pour elle et à mon égard, excepté la légitime de mes frères et sœurs? Il faudrait donc, s'il en était autrement, que ma légitime, à moi, fût travestie en légitime pour les autres? il faudrait donc que ma mère n'eût pu disposer, en ma faveur, de ma propre légitime? il faudrait donc qu'elle appartînt aux autres sans tenir compte de ce qu'elle m'a été donnée à moi-même?

Nonobstant ces raisons, nonobstant la volonté clairement manifestée de la mère, la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 30 janvier 1816, décida le 18 février 1818 que la renonciation de l'enfant lui faisait perdre tout droit à sa légitime, et Larroque de Mons fut condamné à se contenter de la quotité disponible seule sans pouvoir rien y joindre de la réserve [2]. Voilà le sens de l'arrêt Larroque de Mons.

Dans les arrêts Castille et Leproust, il s'agissait aussi de donations qui, bien que qualifiées d'avancement d'hoirie, ne pou-

[1] Devill. 5. 1. 429.
[2] Devill. 5. 1. 432.

Digitized by Google

vaient subsister qu'en réunissant à la réserve une part de la quotité disponible. C'était donc, au fond, la même question que dans l'arrêt Larroque de Mons, malgré quelques nuances dans les faits; si la Cour eût voulu persister dans sa jurisprudence, elle aurait exclu de la réserve les enfants renonçants; elle ne le fit pas cependant, et les admit à cumuler leur légitime avec une fraction de la quotité disponible nécessaire pour que la donation subsistât dans son entier.

Il y a donc abandon réfléchi, géminé de la première jurisprudence, et la question se trouve résolue *in terminis*, dans le sens du cumul. Maintenant résumons les idées auxquelles la jurisprudence paraît se fixer.

L'enfant renonçant n'abdique pas par là son droit à la légitime dont il est saisi par un don. Cette légitime est due à sa qualité d'enfant réunie à celle de donataire et il n'a pas besoin de la qualité d'héritier; rien n'empêche donc que, pour retenir son don, il ne cumule une part d'enfant et la portion disponible. Les autres enfants doivent se trouver satisfaits quand ils retirent leur réserve intacte.

Par suite, soit que la donation soit tout simplement une donation faite en avancement d'hoirie, soit qu'elle soit conçue de manière à comprendre tout à la fois un avancement d'hoirie et la quotité disponible, elle doit toujours être maintenue dans la limite légale, au profit de l'héritier renonçant à la succession; et pour arriver à ce résultat, il ne faut pas hésiter à ajouter la réserve au disponible, ou le disponible à la réserve. La donation en avancement d'hoirie n'exclut pas le droit du renonçant d'imputer le don sur la réserve d'abord, et sur le disponible ensuite. Car elle forme pour lui un titre irrévocable, il faut qu'elle sorte à effet, pourvu qu'elle n'affecte pas l'excès des donations inofficieuses. S'il est nécessaire que le disponible soit mis à contribution pour assurer cette irrévocabilité, il faut prendre sur cette part du patrimoine ce qui est nécessaire : telle est la conséquence de l'irrévocabilité de la donation [1].

7. Lors même que le père de famille, après avoir donné à Primus un avancement d'hoirie, donnerait à Secundus la quotité disponible, Primus, en renonçant à la succession pour s'en tenir au don, aurait le droit de la retenir d'abord sur la réserve et subsi-

[1] Arrêt Leproust.

Digitized by Google

diairement sur le disponible. La donation, postérieure du disponible faite à Secundus, ne peut porter atteinte à une donation antérieure, irrévocable [1] !

Par là se trouvent écartés les biais intermédiaires imaginés par un arrêt de Caen du 25 juillet 1837 [2].

J. Jacques-Étienne Leboucher décède en laissant six enfants, dont cinq renoncent à sa succession. Parmi ces derniers, trois avaient reçu un avancement d'hoirie, savoir, la dame Legrain, Gabriel Leboucher, et la dame Dudonney. Un seul, madame Dionis, accepte sous bénéfice d'inventaire. Elle soutient que par la renonciation de ses frères et sœurs, toutes les parts des renonçants dans la réserve lui accroissent; qu'elle doit par conséquent recevoir les trois quarts de l'hoirie, et que les trois enfants, donataires et renonçants, doivent se contenter du quart disponible et partager entre eux. Les donataires répondent au contraire qu'ils ont le droit de conserver leurs donations jusqu'à concurrence de la part de chacun dans la réserve; mais le premier donataire prétend, du reste, avoir le droit de joindre à sa réserve légale toute la quotité disponible.

La Cour de Caen a examiné cette situation sous un double rapport : d'abord, à l'égard des donataires renonçants et de l'enfant acceptant, ensuite à l'égard des donataires entre eux.

C'est dans l'intérêt des enfants, dit la Cour, que des restrictions ont été apportées aux libéralités du disposant et que l'on a divisé sa fortune en réserve et quotité disponible. Il est donc permis au père de donner à l'un de ses enfants la quotité disponible, et à plus forte raison de lui donner par avancement d'hoirie ce dont il lui est interdit de disposer à l'égard des étrangers.

Il ne fait de tort à personne, il agit dans le sens de la loi en donnant par sa volonté ce que la loi promet par la sienne.

Ceci posé, celui qui donne en avancement d'hoirie, ne peut raisonnablement être réputé avoir voulu donner tout ou partie de la quotité disponible, avant de s'être libéré, envers l'enfant donataire, de sa part dans la réserve. On est toujours présumé s'acquitter d'une obligation, avant de faire une donation de biens dont on peut disposer en faveur d'autres individus. Les

[1] Arrêt Castille précité. Lyon, 2 mars 1836. (Devill. 36. 2. 566.)
[2] Devill. 37. 2. 436.

Digitized by Google

donations faites aux enfants, sont donc censées devoir s'imputer d'abord sur la réserve.

Dira-t-on que, pour y prendre part, il faut être héritier? Nullement.

Les donations entre-vifs ne sont réductibles que pour assurer aux enfants leur réserve légale; le droit des enfants à la réserve légale, leur est attribué en raison de leur qualité particulière de descendants; en l'exerçant, ils ne sont pas soumis nécessairement à toutes les obligations imposées aux héritiers (art. 921). Quand les enfants demandent la réduction, ils n'ont d'autre but que d'avoir la part que la loi leur attribue dans la réserve légale, réserve qui a été établie, autant dans l'intérêt de celui qui l'a reçue du vivant de son père, que de celui qui est obligé de la demander après sa mort.

Cette réserve est fixée suivant le nombre des enfants existants à l'époque du don et non suivant le nombre des enfants acceptants.

L'enfant qui renonce pour s'en tenir à son don, se défend par voie d'exception pour conserver ce que son père lui a donné. En retenant son don, il doit donc imputer, d'abord son don sur la réserve légale, et le surplus, sur la portion disponible.

Mais cette double imputation a des limites, et c'est ici que la Cour de Caen s'occupe de la position des donataires entre eux. Elle s'empare de l'art. 845; elle en pèse les termes; elle en conclut que l'imputation se doit faire, de manière que chaque donation se renferme dans les bornes de la quotité disponible.

Par ce moyen, dit-elle, on rend facile et équitable l'application de l'art. 845. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs donataires on accorde au premier sa part d'enfant et une part dans la quotité disponible, de telle sorte qu'il ne puisse conserver en tout que jusqu'à concurrence de la quotité disponible; on accorde au second sa réserve et ce qui reste de la quotité disponible, mais de manière qu'il ne puisse avoir en tout plus que la quotité disponible; et ainsi de suite, à l'égard des autres donataires, jusqu'à ce que la portion disponible soit épuisée, les derniers donataires conservant seulement leur part dans la réserve. En entendant ainsi l'art. 845, on se conforme autant que possible à la volonté présumée du donateur qui n'avait fait que des donations sujettes à rapport, et l'on fait produire effet

Digitized by Google

aux dernières donations, en conservant le plus possible l'égalité entre enfants.

Si l'on décidait autrement, on ferait dépendre le sort des donations postérieures de la volonté des premiers donataires, ce qui ne saurait être admis.

Mais ce qui ne saurait l'être encore moins, c'est que l'enfant acceptant réduise les donations faites par son père aux autres enfants, de manière à les faire considérer comme étrangers et à les dépouiller de cette qualité d'enfant qui leur attribue une réserve. Ainsi, dans l'espèce, on ne saurait admettre que madame Dionis prenne les 3/4 de la succession en réduisant les donations de ses frères et sœurs, et condamne ceux-ci à se contenter du quart disponible à partager entre eux.

Par tous ces motifs, la Cour autorise la femme Legrain à retenir sur les valeurs à elle données par son père, d'abord sa part d'enfant et de plus une fraction de la quotité disponible, mais de sorte qu'en tout le don n'excède pas la quotité disponible; elle autorise Gabriel Leboucher, second donataire, à agir de même; elle décide que la dame Dudonney, contente de sa donation, ne doit pas subir de retranchement parce que cette donation est inférieure à la somme égale à la quotité disponible.

Cet arrêt a été trouvé ingénieux, et je ne dis pas le contraire; mais en jurisprudence ce qui est ingénieux n'est pas toujours vrai : c'est ce qu'on peut dire de cette décision. Elle donne un sens forcé à l'art. 845 du Code Napoléon; en voulant que toutes les donations en avancement d'hoirie soient réduites à un chiffre égal, c'est-à-dire au chiffre de la portion disponible, jusqu'à ce que cette portion soit épuisée, elle met les avancements d'hoirie sous le niveau d'une limite égale, à peu près comme sont les légitimes; la vérité est que les premières donations font obstacle aux secondes parce qu'elles sont irrévocables et que le père de famille n'a pu y porter atteinte. Une donation n'est pas réductible dans l'intérêt d'une autre donation, elle n'est sujette à retranchement que dans l'intérêt de la légitime; une seconde donation ne fait donc pas obstacle à la première; c'est au contraire la première qui l'emporte sur la seconde. La Cour de Caen est tombée dans une erreur aussi forte que celle du tribunal d'Uzès, qui dans l'affaire Castille avait cru devoir limiter l'avancement d'hoirie à la légitime. La Cour de Caen le limite au chiffre de la portion disponible, ce qui ne vaut pas mieux. L'arrêt Castille a établi que

Digitized by Google

la première donation doit se payer aux dépens de la seconde, dans les limites de la loi [1]. Ainsi l'exige le principe de l'irrévocabilité de la donation.

8. Maintenant que nous avons constaté le véritable état de la jurisprudence de la Cour de cassation, recherchons si cette jurisprudence est dans le vrai.

Quand on a fait le Code, il est certain qu'on a redouté la préférence trop grande d'enfant à enfant [2], mais on a voulu aussi que cette préférence, bien que conduisant à des inégalités marquées, pût dans certains cas se produire.

L'art. 919 en est une preuve manifeste [3] : par cet article, le législateur a permis l'inégalité entre enfants [4]; c'est un point incontestable.

Mais ne l'a-t-il permis qu'à la condition d'employer le mode tracé par l'art. 919 du Code Napoléon, c'est-à-dire la donation avec clause de préciput et hors part?

Telle est la question qui se débat ici, et où il s'agit d'arriver à l'inégalité par la voie de la renonciation à la succession et de la rétention du don.

Sur ce point, il est fort difficile d'argumenter exclusivement et du droit romain et du droit coutumier. Le premier s'accorde bien avec le Code Napoléon pour voir dans la légitime une masse assignée *in globo* à tous les enfants, sauf à se la partager ensuite, mais à la différence du Code Napoléon la légitime n'est pas pour lui l'hérédité et l'on peut la prendre sans se porter héritier.

D'un autre côté, si le droit coutumier tombe d'accord avec le Code Napoléon pour voir dans la réserve l'hérédité même, il en diffère en ce qu'il ne voit dans la légitime qu'une assignation individuelle, dont chaque enfant doit se trouver content, sans pouvoir prétendre que la part du renonçant lui accroisse.

Il ne faut donc ni se confier tout à fait au droit romain, ni se livrer sans distinction au droit coutumier ; il faut concilier leurs principes avec les modifications que le Code leur a fait subir : il y a un sage éclectisme à tenir, pareil à celui qui avait guidé Dumoulin, lorsque placé en présence du droit romain et de cou-

[1] *Junge* Lyon, 2 mars 1836. (Devill. 36. 2. 566.)
[2] M. Berlier, Fenet, t. XII, p. 312.
[3] Cambacérès, Fenet, t. XII, p. 331.
[4] M. Treilhard, Fenet, t. XII, p. 329.

Digitized by Google

tumes incomplètes, il avait jeté sur notre question ces vives lumières que le temps n'a pu obscurcir.

Assurément il faut reconnaître que dans les principes du Code Napoléon nul ne peut demander une légitime, s'il répudie la qualité d'héritier; mais on ne s'étonnera pas non plus qu'une personne puisse retenir par voie d'exception ce qu'elle ne pourrait demander par action; ainsi l'on comprend à merveille que dans le droit coutumier, tel qu'il était fait du temps de Ricard, Lebrun et Pothier, l'enfant renonçant gardât la légitime sans être héritier, quoique la légitime fût une partie de l'hérédité. Pourquoi cela ? parce que la légitime étant une assignation individuelle, une portion de la portion qu'on aurait eue *ab intestat*, on devait se trouver satisfait quand on avait cette part. Quel aurait été l'intérêt du demandeur? Il avait ce que la loi lui accorde : il était rempli; de plus, d'après les principes coutumiers, ce n'était pas à lui qu'accroissait la part du renonçant, c'était au légataire universel. Son action périssait donc par le plus grand de tous les vices, le défaut de cause et d'intérêt, et l'enfant renonçant triomphait par son exception.

Aujourd'hui, il faut bien le reconnaître, le Code Napoléon repousse plusieurs de ces idées. Il veut que, comme dans le droit romain, la part du renonçant accroisse aux enfants [1]. (Art. 786.) D'un autre côté, il fait de la réserve une masse compacte assignée aux enfants *in globo* comme dans le droit romain, et non pas à titre d'assignation individuelle comme dans le droit coutumier : contester ces points de droit ce serait contester l'évidence.

Mais de ces différences il ne faudrait pas trop se hâter de conclure que l'opinion des jurisconsultes coutumiers est incompatible avec le Code Napoléon, et une grande autorité peut arrêter toute précipitation à cet égard. C'est l'opinion de Dumoulin, si importante en cette matière : car il est l'auteur de l'adage : *Non habet legitimam nisi qui hæres est* [2]. Ecoutons-le parler [3].

« Un homme a trois fils; il donne tous ses biens à deux. Celui qui n'a rien reçu se porte seul héritier, et demande le tiers des biens (lequel tiers est d'après la Novelle 18 la réserve attribuée

[1] Voir la dissertation de M. Ginoulhiac. *Revue étrangère*, t. II, p. 443, t. III, p. 377 et 493.

[2] *Sur Paris*, art. 125, n° 1.

[3] *Sur Paris*, art. 124, n° 6.

Digitized by Google

en masse aux enfants). J'ai répondu qu'il ne peut intenter la querelle d'inofficiosité que pour sa part virile dans la réserve que la loi attribue à tous les enfants quand ils viennent *ab intestat*. S'il en était autrement, un père ayant trois enfants ne pourrait donner à l'un plus qu'à l'autre qui renonce à la succession. De plus, il faudrait dire qu'un père ayant dix enfants déjà pourvus et dotés, si un seul est héritier, celui-ci pourra demander la moitié de tous les biens donnés [1], comme si le père n'avait pu disposer en faveur de ses fils que de la moitié, ainsi qu'il aurait pu le faire à l'égard d'un étranger. La légitime de ce fils n'est donc que du dixième de la moitié, quoiqu'il soit seul héritier. En effet, quoique les autres renoncent à la succession et à la querelle d'inofficiosité, ils ne renoncent pas à leur légitime jusqu'à concurrence des biens donnés, qu'ils retiennent par un titre spécial et qui doivent seulement être imputés sur la légitime [2].

Cette décision est capitale, surtout si l'on réfléchit qu'à l'époque à laquelle écrivait Dumoulin, la coutume de Paris n'avait pas encore fixé le chiffre de la légitime, comme le fit, lors de la réformation, l'article 298 introductif d'un droit tout nouveau. A ce moment la règle de la légitime était la Novelle 18 dont la pratique s'était emparée [3]. Or, on sait que dans son système la légitime était donnée en masse aux enfants, ainsi que cela a lieu par le Code Napoléon; et c'est dans cette hypothèse seule que raisonne Dumoulin.

Mais se laisse-t-il arrêter par cette idée que la légitime est une masse qui doit profiter tout entière à l'acceptant? L'enfant qui avait accepté le soutenait : c'était la même prétention que nous avons vue consacrée par l'arrêt Larroque de Mons, et qui n'est pas neuve dans la jurisprudence. Eh bien! Dumoulin la repousse et la condamne. Il veut que l'acceptant se contente de sa part virile dans cette masse ; il veut qu'il ne puisse intenter son action d'inofficiosité que pour cette part virile. « Respondi quod non « habet quærelam inofficiosi, *nisi pro parte virili legitimæ de-* « *bitæ ab intestato, si omnes venissent ab intestato.* » Il importe donc peu que le droit coutumier ait modifié la base de la légitime, et

[1] D'après la Novelle 18 : S'il y avait plus de quatre enfants, la légitime était de la moitié des biens, et le père pouvait donner l'autre moitié.

[2] V. aussi Dumoulin, *de donat. in contract. matrim. factis*, n° 19. — Consul. 59, n° 8.

[3] Ferrière *sur Paris*, art. 278, § 1, n° 8.

Digitized by Google

qu'au lieu d'en former une masse comme dans le droit romain, il en ait fait une assignation individuelle. Voulez-vous la considérer comme une assignation individuelle? Ricard, Lebrun et Pothier, disent que le fils acceptant, qui a reçu cette assignation, doit se trouver content et n'a pas d'action en réduction. Voulez-vous au contraire que la réserve soit une masse attribuée aux enfants, ainsi que cela avait lieu avant l'article 298 de la coutume de Paris? Dumoulin est non moins positif à cet égard : il vous dit, dans cet ordre d'idées, que l'enfant acceptant n'y a que sa part virile, qu'il doit en être satisfait et que lorsqu'il la trouve dans la succession, il est sans action contre ses frères et sœurs, donataires renonçant à la succession.

Opposera-t-on à Dumoulin que dans les principes du droit coutumier la part des renonçants accroît aux acceptants? qu'importe cette règle que nul n'entend contester? Elle suppose un abandon des choses de la succession; mais elle est sans application aucune quand le donataire n'abandonne pas la chose à lui donnée, et qu'il la retient à un titre spécial : *retinet proprio titulo*, comme dit Dumoulin.

Tout cela écarte radicalement l'argument spécieux que M. le conseiller Poriquet tirait de la différence du droit coutumier et du Code Napoléon sur l'assignation de la réserve. M. Poriquet n'a pas fait attention que le droit coutumier a eu deux phases, celle qui a suivi la réformation et celle qui l'a précédée. La première qui marchait dans une voie semblable au Code; la seconde qui avait des vues différentes. Sous toutes deux l'enfant renonçant pouvait retenir la légitime à lui donnée par le père de famille. Peut-être que si ce précédent eût été connu de M. Poriquet, il n'aurait pas argumenté contre le cumul avec autant de confiance, et que Dumoulin aurait fait naître en lui de sérieuses objections.

Maintenant, pourquoi Dumoulin veut-il que l'enfant acceptant ne prenne dans la masse indisponible que sa part virile? le voici : cette masse créée en faveur des enfants et divisible entre eux, ne renferme pour l'acceptant qu'une fraction déterminée dont il doit se trouver content; il se plaint d'inofficiosité, mais il a en main la part de la nature et de la loi. Quel est donc le tort qui lui est fait? Si ses frères et sœurs sont renonçants, cette renonciation est uniquement déterminée par des avantages qu'ils ont reçus, et qui leur tiennent lieu de leur portion héréditaire dont le père les a saisis par anticipation; donc, si ces avantages ne leur avaient

Digitized by Google

pas été faits, ils n'auraient pas renoncé ; or, s'ils n'avaient pas renoncé, l'acceptant n'aurait eu tout juste que ce qu'il recueille après leur renonciation ; encore une fois pourquoi se plaint-il puisqu'il est payé de sa créance naturelle ? Les faveurs faites à un ou plusieurs des enfants ne doivent pas être traitées plus sévèrement que les faveurs faites à des étrangers, et il serait contraire au bon sens que le fils acceptant, qui serait entièrement indemnisé par la part qu'il recueille, si son père avait versé ses libéralités sur des étrangers, puisse se dire lésé quand c'est sur ses frères et sœurs que le père a fait porter ses marques d'affection. L'acceptant est demandeur en réduction : il doit prouver que les libéralités de son père sont inofficieuses. Il ne le prouve pas quand la succession le couvre de sa part virile.

Telles sont, si je ne me trompe, les raisons de Dumoulin. Elles sont tirées de l'essence même des choses. Il n'y a pas là de préjugés empruntés au pays du droit écrit, comme on le dit à satiété. Dumoulin n'était pas du Midi : il était au contraire fortement imbu des idées coutumières. Mais il avait par-dessus tout un esprit pénétrant, et son coup d'œil vif et profond avait sur-le-champ saisi ces nuances.

Dira-t-on maintenant que la légitime n'est attachée qu'à la qualité d'héritier ? Je n'ignore pas que c'est là le fondement et le thème favori de l'opinion opposée au cumul. Mais si cet argument est puissant pour empêcher le renonçant de demander la légitime, il ne vaut rien quand, ne demandant rien, il ne fait que se défendre contre l'articulation d'une inofficiosité démentie par les faits.

Mais, objecte-t-on, vous allez donc autoriser, par ce système, des avantages entre enfants, autrement que par la forme du préciput ! Oui, sans doute, et c'est ce qui s'est fait de tout temps. Sous l'empire des coutumes qui avaient proclamé l'égalité absolue des enfants héritiers, on admettait que le don en avancement d'hoirie pouvait être retenu en renonçant, et qu'ainsi un des enfants pouvait se faire une position plus avantageuse que les autres. La renonciation, pour se tenir au don, était un moyen fréquemment usité de briser une égalité dont Coquille signalait les inconvénients. Pourquoi sous le Code Napoléon serait-il défendu de mettre en œuvre ce moyen si naturel et si simple, à la condition que la légitime soit respectée ?

Quant à l'argument tiré de l'article 845 du Code Napoléon, d'après lequel l'enfant qui renonce, retient son don jusqu'à concur-

Digitized by Google

rence de la portion disponible, il n'a plus aucune portée pour les esprits sérieux, tant il a été battu en brèche et pulvérisé dans les discussions qui ont eu lieu devant la Cour de cassation depuis 1834. Il est évident, en effet, que le don, en tant qu'il porte sur la portion disponible, ne saurait l'excéder. C'est là ce qu'a voulu dire l'article 845. Mais il ne s'explique pas sur la question de savoir si à la portion disponible l'enfant renonçant peut joindre, en la retenant, la légitime dont il est saisi.

On argumente de certains inconvénients et par exemple du trouble que notre système peut apporter dans les prévisions du père de famille.

Par exemple : Pierre a 120,000 fr. de fortune et deux enfants d'un âge inégal. Il a des occupations lucratives, et comme il espère que sa fortune augmentera, il donne à l'aîné 60,000 fr. en avancement d'hoirie pour l'établir, pensant que lorsque le moment sera venu d'établir le cadet, l'augmentation de son patrimoine lui permettra de faire le même sacrifice. Plus tard, il lui survient un troisième fils et il décède sans avoir pu faire de dispositions. S'il plaît à l'aîné de renoncer pour garder les 60,000 fr., ses deux frères seront réduits à 30,000 fr. chacun. Sur quoi se fonde cette inégalité ? sur la volonté du père ? Il n'a fait qu'un avancement d'hoirie sans préciput, et voilà que par une résolution imprévue, l'aîné se donne une sorte de privilége de primogéniture. N'est-ce pas là rétablir le droit d'aînesse ? Car, enfin, les aînés étant les premiers dotés, pourront profiter de cet avantage pour se faire une position meilleure que les derniers venus.

N'exagérons rien ; on peut tout ébranler en forçant les conséquences. Le père ne savait-il pas que son avancement d'hoirie pouvait devenir, par la renonciation du donataire, un don définitif. Pourquoi donc a-t-il été si loin dans sa libéralité? Pourquoi n'a-t-il pas jeté sur l'avenir un coup d'œil prévoyant? Pourquoi a-t-il choisi la forme d'une libéralité irrévocable? Il lui était facile de se mettre à l'abri de la surprise dont on argumente, en disposant avec plus de mesure des forces de son patrimoine.

Mais voici des inconvénients bien plus graves du système que la Cour de cassation a repoussé, et ceux-ci ne tendent à rien moins qu'à paralyser l'autorité paternelle, à renverser toute l'économie de ses dispositions, à rendre sa prévoyance vaine et méprisée.

Digitized by Google

On en a vu des exemples frappants dans la pratique, et M. le conseiller Mestadier les signalait avec force dans un rapport à la chambre des requêtes de la Cour de cassation[1].

Supposons le cas suivant :

Pierre a trois enfants et une fortune de 120,000 francs. Il donne à l'aîné, en avancement d'hoirie, 48,000 francs pour le mettre à la tête d'un commerce important. Cet enfant, au lieu de lui donner de la satisfaction, le mécontente gravement. Au contraire, les deux autres enfants le dédommagent de ses chagrins par leur bonne conduite. En conséquence, il partage entre eux la portion disponible, s'élevant à 30,000 francs, et leur donne à chacun 15,000 francs par préciput et hors part. Plus tard, deux enfants lui arrivent, et il décède dans cette situation. La portion disponible est de 30,000 francs; la part légale de chaque enfant dans la réserve est de 18,000 francs.

Mais le fils aîné, venant déranger les combinaisons de son père, renonce à sa succession pour s'en tenir à son don jusqu'à concurrence de la portion disponible. Il garde donc 30,000 francs sur les 48,000 francs qui lui ont été donnés, et rend le surplus à la succession. Et comme ces 18,000 francs ont été détachés de la réserve et qu'ils doivent y rentrer, les deux puînés exigeront que les 90,000 francs soient partagés par égale portion entre les quatre frères acceptants. Si les deux frères gratifiés du préciput prétendaient une préférence sur les 18,000 francs abandonnés par l'aîné, les deux autres répondront que le don du père n'a pu porter que sur la portion disponible; or, cette portion ayant été épuisée par le don fait à l'aîné, les libéralités ultérieures du père manquent de base. Les 18,000 francs étant une fraction de la réserve doivent être partagés également.

Ainsi, voilà que le fils aîné, par son caprice, peut-être aussi par son mauvais vouloir, va tout bouleverser dans la famille et réduire à néant l'autorité paternelle. De telles conséquences ne sont pas tolérables. Et quand, pour les repousser, on trouve l'opinion des jurisconsultes français de tous les âges, et parmi eux celle de Dumoulin, sans aucun texte contraire, il me semble qu'il faudrait être bien difficile pour ne pas se laisser convaincre.

TROPLONG.

[1] V. Dalloz, 32. 1. 32.

Digitized by Google

DE L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PÉNALE.

Par M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation.

(Suite [1].)

VI. Nous avons essayé d'établir que l'interprétation de la loi pénale ne doit être ni restrictive ni extensive; qu'elle doit être, suivant une expression juridique, purement et simplement déclarative, c'est-à-dire qu'elle doit se borner à déclarer le sens de la loi en s'attachant rigoureusement à la signification propre de ses termes, sans les restreindre ni les étendre, mais en les éclairant toutefois par le double rayonnement du principe général de la matière et du principe particulier qui fait l'objet de la disposition soumise à l'interprétation.

Nous allons maintenant, en examinant les arrêts les plus récents de la Cour de cassation, et sans même remonter dans sa jurisprudence au delà d'une année, suivre l'application et le développement de cette doctrine dans un grand nombre d'espèces qui présentaient, pour la plupart, à l'interprétation des questions pleines d'intérêt. Si nous parvenons à démontrer par l'étude attentive de ces arrêts, que les principes que nous avons exposés ont eu la sanction complète et incessante de la Cour suprême, nous aurons atteint notre but, car nous aurons donné à ces principes toute l'autorité qui peut les faire prévaloir.

Notre première règle est que l'interprétation de la loi pénale ne doit point être *restrictive*. Nous avons expliqué les motifs de cette règle qui n'a jamais rencontré, il faut le reconnaître, une grande opposition dans la pratique des tribunaux. Si leur jurisprudence peut sembler incliner d'un côté, ce n'est peut-être pas du côté de la restriction. Nous nous bornerons donc à rapporter sur ce premier point quelques arrêts qui suffiront pour le mettre à l'abri de toute controverse.

Cass. 8 *décembre* 1853 [2]. — L'article 295, Code pénal, qualifie meurtre l'homicide commis *volontairement*. Une question grave est de savoir si la volonté de tuer est suffisante pour constituer le meurtre, lorsque la personne homicidée n'est pas celle à qui

[1] Voy. le cahier de février, *suprà*, p. 97.
[2] Bull. n° 575. — Dalloz, 53. 5. 248.

Digitized by Google

l'agent voulait donner la mort. On dit, pour dénier la criminalité de la volonté, que l'homicide est le résultat d'une erreur lorsque l'agent n'a pas eu l'intention de tuer la personne homicidée, qu'à l'égard de cette personne il n'y a pas eu de volonté, que c'est un homicide accidentel [1] ; que, dans le système de la loi pénale, la volonté de tuer et le fait de l'homicide doivent s'appliquer à la même personne pour devenir les éléments d'un même crime. On répond que l'erreur sur la personne de la victime ne fait pas obstacle à ce qu'il y ait eu dans l'action de l'homicide une véritable volonté de tuer ; qu'il importe peu que le fait et la volonté se rattachent à la même personne, pourvu qu'il soit constaté que ces deux éléments du crime ont existé ; que le dommage est le même, puisqu'il y a eu une victime, et que ce serait restreindre les termes de la loi et distinguer là où elle ne l'a pas fait, que d'exiger un rapport direct entre la volonté de tuer et la victime [2]. Peut-être pourrait-on même ajouter que la criminalité de l'agent qui frappe sans même distinguer et reconnaître sa victime, s'aggrave à raison de l'entraînement au crime qu'une telle action suppose et du péril qu'elle apporte dans la cité ; on peut prendre des précautions contre l'homme dont on soupçonne les sentiments de vengeance ; on ne peut en prendre aucune contre les coups aveugles d'un furieux. La Cour de cassation a jugé, conformément à cette interprétation : « que l'accusé a été déclaré coupable d'avoir tiré volontairement un coup de fusil avec une intention homicide et d'avoir donné la mort à la veuve Baldarelli, ce qui constitue, non une tentative de meurtre, suivie d'un homicide involontaire, mais un seul et même crime, un meurtre consommé ; que peu importe qu'au lieu de donner la mort à celui auquel le coup de fusil était destiné, le demandeur ait atteint et tué une autre personne ; qu'il n'en est pas moins constant qu'il a donné la mort avec l'intention de tuer [3]. »

Cass. 17 *mars* 1854 [4]. — L'article 17 du décret du 17 février 1852 porte : « Il est interdit de rendre compte des procès pour délits de presse. La poursuite pourra seulement être an-

[1] Menochius, Cas. 324, n° 11 ; Carrerius, *Prax. crim. de homicidio*, § 2, n° 59.

[2] Conf. *Théorie du Code pénal*, 3e édit., t. III, p. 379.

[3] Conf. Cass., 8 sept. 1826, 31 janvier 1835, 7 avril 1853.

[4] Bull. n° 76.

Digitized by Google

noncée; dans tous les cas, le jugement pourra être publié. » Quel est le sens de ces mots : *rendre compte des procès?* Faut-il les limiter aux débats de l'audience? faut-il les étendre à tous les actes de la procédure? Il peut sembler, à la première vue, que le compte rendu d'un procès est l'exposé de tous les faits qui le constituent, de tous les éléments qui ont servi à sa décision, de tous les incidents qui sont survenus dans son cours. Ainsi, on rend compte d'un procès quand on signale les questions qu'il a soulevées, quand on rapporte les plaidoiries, quand on raconte les faits de la cause. Cependant, il y a lieu de remarquer, 1° que l'article 7 de la loi du 25 mars 1822 ne punissait que l'infidélité dans le compte rendu des *audiences* des Cours et tribunaux, et ne permettait d'interdire aux journaux que le compte rendu des *débats judiciaires;* 2° que l'article 10 de la loi du 9 septembre 1835 interdit, non plus seulement de rendre compte des *audiences* et des *débats*, mais des *procès* pour outrages et injures et des *procès* en diffamation ; 3° que l'article 17 du décret du 17 février 1852 n'a fait que reproduire cette dernière disposition, en l'étendant à tous les procès de presse. On peut donc déjà induire de ce rapprochement que le mot *procès,* dans cette loi, signifie autre chose que l'*audience* ou le *débat judiciaire.* Ensuite, cette expression ne s'étend-elle pas généralement à tous les faits dont l'ensemble constitue le procès? Et cette signification générale n'est-elle pas confirmée par le deuxième paragraphe de l'article qui permet la publication de la plainte et du jugement? La Cour de cassation a jugé : « que l'article 17, après avoir interdit d'une manière générale et absolue, de rendre compte des procès pour délits de presse, n'apporte à cette interdiction que deux exceptions : l'une relative à la poursuite, qui pourra seulement être annoncée, l'autre relative au jugement qui, dans tous les cas, pourra être publié ; que par cette expression *procès*, on doit entendre non-seulement les débats de l'audience, mais encore tout ce qui concerne l'instruction d'une affaire ; que cette interprétation est confirmée par les exemptions même ci-dessus déterminées ; qu'en effet, l'autorisation de publier seulement la poursuite et le jugement, le premier et le dernier acte de la procédure, laisse nécessairement subsister pour tous les autres l'interdiction prononcée. »

Digitized by Google

Cass. 31 *mars* 1854 [1]. L'article 10 de la loi du 27 juillet 1849 porte : « Il est interdit de publier les actes d'accusation et aucun acte de procédure criminelle, avant qu'ils aient été lus en audience publique, sous peine d'une amende de 100 à 2,000 francs.» Cette prohibition s'applique-t-elle à la publication partielle d'un acte d'accusation, s'applique-t-elle à la publication, non du texte même de cet acte, mais des faits qui y sont relatés? Les motifs du législateur ont été que la lecture faite à l'avance de ces actes, répand dans le public des préventions défavorables aux accusés, lorsqu'ils ne peuvent les combattre encore, et que les citoyens, qui doivent plus tard siéger comme jurés, y puisent des impressions souvent ineffaçables et qui continuent de dominer leur esprit pendant les débats. Ces motifs s'appliquent à la publication, soit totale, soit même partielle, des actes d'accusation, car il suffit que la partie de l'acte où sont exposées les charges de l'accusation soit publiée pour que le préjudice soit éprouvé. Le texte de la loi résiste-t-il à cette interprétation? La prohibition de publier un acte, ne contient-elle pas celle de publier chacune de ses parties? Et ne serait-il pas trop facile d'éluder cette probibition s'il suffisait, pour échapper à la sanction pénale, d'omettre une partie quelconque de cet acte? Il faut distinguer, sans doute, les faits qui sont l'objet de l'acte d'accusation, et l'exposé qu'il présente de ces faits ; on peut publier les faits, mais on ne peut les reproduire tels qu'ils sont exposés par cet acte, parce que ce serait reproduire l'accusation elle-même. La loi ne s'applique qu'à l'œuvre du ministère public, mais elle prend cette œuvre tout entière dans sa substance aussi bien que dans sa forme. La Cour de cassation a dû rejeter, en conséquence, le pourvoi formé contre un arrêt qui avait appliqué la loi à la publication partielle d'un acte d'accusation, « attendu qu'il importe peu que la publication ait été partielle ou totale, du moment que c'est précisément celle du texte ou de la substance de l'acte. »

Cass. 16 *mars* 1854 [2]. — Un attentat à la pudeur avec violence, avait été commis par un domestique sur une jeune fille qui servait en la même qualité dans la même maison. L'aggravation pénale, portée par l'article 333 du Code pénal, était-elle

[1] Bull. n° 88.
[2] Bull. n° 72.

Digitized by Google

applicable ? On opposait à cette application que l'accusé ne se trouvait dans aucune des catégories qui motivent l'aggravation ; qu'il n'était, en effet, ni l'ascendant, ni l'instituteur, ni le serviteur de la victime, qu'il n'avait point autorité sur elle, que, domestique comme elle, il n'avait abusé d'aucun titre, d'aucun pouvoir pour consommer son crime. Mais l'article 333, après avoir énuméré les personnes qui exercent une autorité quelconque sur la victime, ajoute : « Si les coupables sont ses serviteurs à gages, ou *serviteurs des personnes ci-dessus désignées ;* » il résulte de ces mots, que la loi confond dans les mêmes dispositions les serviteurs de la victime et les serviteurs des personnes ayant autorité sur elle ; ne faut-il pas en induire que le domestique qui commet l'attentat sur une autre domestique de la même maison, est passible de l'aggravation, puisqu'il est serviteur des personnes qui avaient autorité sur celle-ci, et que la loi n'a pas distingué entre l'autorité de droit et l'autorité de fait ? Telle est l'interprétation, à la fois littérale et logique, consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt portant : « Qu'il suffit, d'après les termes précis de l'article 333, que l'accusé ait commis le crime sur une personne soumise à l'autorité des individus dans la maison desquels il était placé comme domestique, pour qu'il soit devenu passible de l'aggravation pénale ; que la loi a voulu frapper d'une peine plus forte l'auteur d'un attentat à la pudeur, qui abuse de sa position de domestique pour commettre cet attentat sur l'une des personnes qui sont protégées par l'autorité du chef de la famille, et pour porter ainsi le désordre dans la maison où il a été admis. »

Cass. 8 *avril* 1854 [1]. — L'article 456 du Code pénal punit de peines correctionnelles, le fait d'avoir déplacé ou supprimé des bornes ou pieds corniers, ou autres arbres plantés ou reconnus pour établir les limites entre différents héritages Il était reconnu, en fait, par un arrêt de la Cour de Colmar, qu'une pierre borne, qui servait de limite entre différents héritages, avait été déplacée, et toutefois cet arrêt avait renvoyé le prévenu des fins de la poursuite, non point en écartant l'intention frauduleuse, ce qui eût suffi pour faire disparaître le délit, mais en se fondant sur ce que le déplacement n'avait pas eu pour effet d'agrandir la

[1] Non encore imprimé.

Digitized by Google

propriété du prévenu aux dépens de celle des voisins; que la pierre borne avait été replantée dans les anciennes limites, et que ce fait n'avait porté aucun préjudice aux tiers. N'était-ce pas là restreindre la portée de l'article 456 ? Cet article a-t-il fait d'un empiétement immédiat sur la propriété voisine, la condition de son incrimination ? Est-ce là le seul préjudice que le déplacement de la borne peut occasionner? La Cour de cassation a prononcé l'annulation de l'arrêt de la Cour de Colmar : « Attendu que la plantation des bornes séparatives des héritages forme entre les propriétaires des champs voisins un véritable titre de propriété ; que la conséquence nécessaire du déplacement de ces bornes, lors même que, comme dans l'espèce, elles auraient été replantées dans les mêmes limites, et portées seulement du milieu d'un champ à son extrémité, est donc d'altérer ou de détruire un titre qui ne peut être modifié que de l'accord de tous les propriétaires contigus ; qu'il ne suffit donc pas, pour effacer le délit, que l'auteur du déplacement n'ait point empiété sur les héritages voisins, et ne leur ait causé actuellement aucun préjudice ; que la loi n'a point soumis à cette condition l'application des peines qu'elle a portées ; qu'il résulte un véritable préjudice pour les propriétaires voisins de cela seul, qu'à leur insu, la borne qui limitait leurs propriétés a été changée de place. »

Faut-il apporter d'autres arrêts à l'appui de notre première règle ? Il nous paraît que ceux qui viennent d'être cités suffisent pour établir que, dans l'esprit de la jurisprudence, la loi pénale doit être appliquée dans toute la teneur, dans toute la portée de ses termes, sans les scinder à l'aide de distinctions subtiles, sans les restreindre en deçà de leur véritable sens. Il est donc certain que l'interprétation restrictive, comme règle systématique de l'application des lois pénales, doit être rejetée; restreindre les textes d'une loi, ce n'est pas l'appliquer, c'est l'enfreindre dans une de ses parties.

VII. La seconde règle que nous avons dû poser est que si, d'une part, l'interprétation de la loi pénale ne doit point être restrictive, elle ne doit, d'une autre part, dans aucun cas, être *extensive*. C'est ici que se présentent toutes les difficultés de la matière. Un fait paraît immoral ou dangereux ; faut-il le laisser impuni, par cela seul qu'il ne rentre pas exactement dans les textes de la loi ? Si cette loi a puni des faits analogues, si ses motifs s'appliquent

Digitized by Google

avec la même force à ce fait nouveau qu'à ceux qu'elle a spécifiés, n'y a-t-il pas lieu de l'envelopper dans ses termes? C'est ainsi qu'on pousse la peine hors des textes qui la contiennent, comme on ferait jaillir un fleuve hors de son lit, pour atteindre tout ce qui se trouve sur les bords. C'est cette tendance que nous avons essayé de combattre par l'exposé des règles de l'interprétation. Nous allons voir maintenant combien ses efforts sont persévérants, et sur combien de points, depuis une année seulement, il a fallu entrer en lutte avec elle.

La Cour de cassation n'a jamais cessé de proclamer le principe : « que les lois pénales doivent être renfermées dans leurs termes, et ne peuvent être étendues, par voie d'analogie, à des cas qu'elles n'ont pas expressément prévus [1]. » Mais ce n'est point, en général, le principe lui-même qui est contesté, c'est uniquement son application ; on ne le combat pas ouvertement, mais on l'élude sans cesse. Nous allons parcourir les arrêts les plus récents dans lesquels la Cour de cassation a dû le faire prévaloir sur les motifs, quelquefois très-spécieux, qui tendaient à l'écarter.

Cass. 13 *janvier* 1853 [2]. — La Cour impériale de Paris, chambre des appels correctionnels, avait, par un arrêt du 9 novembre 1852, appliqué l'article 408 du Code pénal au gérant d'une société qui avait détourné des actions, lorsque ces actions n'étaient pas possédées par lui à titre de mandataire de la société, et qu'elles lui avaient été remises par un tiers à titre de gage. Or, le gage ou nantissement n'est point au nombre des contrats dont l'article 408 réprime la violation ; cet article n'avait donc pu être appliqué que par une extension abusive de ses termes. L'annulation a été prononcée : « Attendu qu'il ne suffit pas, pour l'application de l'article 408, que les objets détournés aient été remis à la charge de les vendre ; qu'il faut encore que cette remise ait eu lieu, en exécution d'un des contrats spécifiés audit article ; que l'énumération de ces contrats, complétés en 1832, par l'addition du mandat non salarié et du louage, est essentiellement limitative ; que l'on ne peut en conséquence y faire entrer, par voie d'analogie et d'interprétation, un contrat non

[1] Arr. cass., 2 mars 1850, et 12 juillet 1853.
[2] Bull. n° 15. Dev. et Car. 53, 1, 590. Dall. 53, 5, 8. J. Pal. 53, 2, 553.

Digitized by Google

prévu par ledit article, notamment celui du gage ou nantissement [1].

Cass. 3 *mars* 1853 [2], 7 *avril* 1853 [3] et 30 juin 1853 [4]. — Le cinquième paragraphe de l'article 454 du Code pénal punit de la peine des travaux forcés à temps « quiconque aura volontairement mis le feu à des bois ou récoltes abattus, soit que les bois soient en tas ou en cordes, et les *récoltes en tas ou en meules.* » Cette disposition est-elle applicable à l'incendie d'une *meule de paille* appartenant à autrui? Non, s'il n'est pas constaté que cette meule de paille avait conservé au moment de l'incendie son caractère de récoltes, car c'est ce fait qui est la condition de l'incrimination. La Cour de cassation a dû, en conséquence, par le premier arrêt cité plus haut, annuler l'arrêt d'une chambre d'accusation qui avait renvoyé un accusé devant la Cour d'assises, pour avoir volontairement mis le feu à une meule de paille appartenant à autrui, sans expliquer si cette paille avait conservé son caractère de récoltes. Dans la deuxième espèce, le jury avait été consulté sur la question de savoir si l'accusé avait volontairement mis le feu à *des fagots mis en tas*, appartenant à autrui. La cassation a encore été prononcée : « Attendu que du rapprochement des §§ 3 et 5 de l'article 434, comme des termes de leur rédaction, il résulte que ce sont les récoltes de quelque nature qu'elles soient, bois ou autres, que ces deux dispositions ont eu pour but de protéger, qu'ainsi, le § 5 ne peut recevoir d'application qu'au cas où il s'agit de bois abattus et encore à l'état de récoltes. » Enfin, dans la troisième espèce, le jury avait été interrogé sur la question de savoir si l'accusé avait volontairement mis le feu *à une meule de blé* appartenant à autrui ; or, une meule de blé constitue nécessairement du blé en gerbes, et par conséquent à l'état de récoltes. A la différence des bois et de la paille, qui peuvent avoir un double caractère, suivant l'époque et le lieu où ils sont exposés, le blé, tant qu'il est en meules, ne perd pas son caractère de récoltes pour prendre celui de marchandises. La Cour de cassation a donc, en maintenant cette

[1] Contr. cass., 3 déc. 1818 et 31 janvier 1821. — Conf. cass., 23 mai 1850, et *Théorie du Code pénal*, 3e édit., t. IV, p. 383.

[2] Bull. n° 71. Dev. et Car. 53, 1, 450. Dall. 53, 5, 255. J. Pal. 53, 2, 428.

[3] Bull. n° 125. Dall. 53, 5, 255. J. Pal. 53, 2, 428.

[4] Bull. n° 230. Dev. et Car. 53, 1, 799. Dall. 53, 5, 254.

Digitized by Google

dernière question et en répudiant les deux autres, conservé au § 5 de l'article 434 sa véritable portée, sans l'étendre au delà de ses termes.

Cass. 24 *mars* 1853 [1]. — Nous ne citons cet arrêt, qui vient confirmer une longue jurisprudence, que parce que cette jurisprudence présente un exemple très-remarquable de l'interprétation non extensive. Il s'agissait de fixer le véritable sens de l'article 334 du Code pénal, qui punit l'excitation habituelle à la débauche. Les tribunaux avaient longtemps appliqué cet article, soit à l'individu qui corrompt pour en tirer profit, soit à celui qui ne corrompt que pour satisfaire sa propre passion. Mais, avait-on dit, est-ce favoriser la débauche que de chercher à séduire une femme dans l'intérêt de sa passion ? C'est faire un acte de débauche, mais ce n'est ni la favoriser, ni la faciliter ; celui qui l'excite, qui la facilite, c'est celui qui fournit les moyens de rapprochement, qui se rend l'agent de la corruption ; c'est l'instrument au moyen duquel la prostitution se consomme. Voilà le sens naturel des expressions de la loi. Comment expliquer autrement le mot *habituellement* qui a pris place dans l'article ? Il ne suffit pas que l'agent ait facilité un acte de prostitution, il faut qu'il se soit livré habituellement à ce commerce : la loi a voulu que le métier, que la profession infâme fût bien établie ; c'est ce trafic habituel de la corruption qui constitue le délit [2]. La Cour de cassation, adoptant cette interprétation, a jugé « que l'article 334 ne s'applique qu'aux actes de proxénètisme par lesquels les tiers facilitent ou favorisent habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse pour satisfaire les passions d'autrui ; que l'arrêt attaqué, en appliquant cet article aux actes immoraux par lesquels le coupable facilite ou favorise, pour la satisfaction de ses propres passions, la débauche ou la corruption de la jeunesse, a méconnu le sens de cet article [3]. »

Cass. 20 *mai* 1853 [4]. — Un individu avait été renvoyé en état d'accusation pour avoir corrompu un agent forestier, afin qu'il

[1] Bull. n° 107. Dall. 53, 1, 273. Dev. et Car. 53, 1, 664.

[2] *Théorie du Code pénal*, 3e édit., t. IV, p. 202.

[3] Arr. contr. cass., 10 et 18 avril 1828, 5 et 25 juill. 1834, 4 et 26 juin 1838. — Er. Conf., 18 juin 1840, 7 janv. 1841, 19 mai 1841, etc.

[4] Bull. n° 178. Dev. et Car. 53, 1, 448. Dall. 53, 1, 264. J. Pal. 53, 2, 512.

Digitized by Google

s'abstînt de faire un acte de sa fonction. Le fait rentrait-il dans les termes de la loi pénale ? L'article 177 du Code de procédure déclare coupable du crime de corruption, non-seulement le fonctionnaire qui se laisse corrompre pour faire un acte de ses fonctions, mais encore celui qui cède à la même influence pour s'abstenir d'un acte qui entrait dans ses devoirs. Mais l'article 179, qui s'applique spécialement au corrupteur, ne le punit que lorsqu'il a eu pour but *d'obtenir un acte du ministère du fonctionnaire.* Faut-il l'atteindre, même en dehors des termes de ce dernier article, en le considérant comme complice de l'officier corrompu ? Ne serait-ce pas là sortir du texte formel et précis de cette disposition ? La Cour de cassation a repoussé toute extension de la loi, en déclarant « qu'il résulte de la combinaison des articles 177 et 179, que la loi n'a voulu punir le corrupteur que dans le cas où la corruption a pour objet d'obtenir de l'officier public qu'il fasse un acte de son ministère ; qu'elle n'a point étendu son incrimination au cas où la corruption n'a eu pour but que d'obtenir que cet officier s'abstînt d'un pareil acte ; que, dans cette dernière hypothèse, la responsabilité pénale ne pèse que sur l'officier corrompu [1]. »

Cass. 2 *juin* 1853 [2]. — Le clerc de notaire qui soustrait un titre dans l'étude de son patron, est-il passible de la peine de la réclusion, conformément à l'article 255 du Code pénal, ou de celle des travaux forcés à temps, conformément au deuxième paragraphe de l'article 173 du même Code ? Les articles 254 et 255 du Code pénal prévoient d'abord la négligence des dépositaires publics, quand elle a donné lieu à la perte des pièces qui leur sont confiées, et les soustractions de ces pièces commises par les dépositaires eux-mêmes. Ils prévoient ensuite les soustractions des mêmes pièces, commises dans les dépôts publics par toute autre personne que les dépositaires. Ils ne font aucune mention des soustractions qui seraient commises, non par les dépositaires eux-mêmes, non par des tiers étrangers au dépôt, mais par les préposés et commis des dépositaires, affectés par ceux-ci à la garde du dépôt. Ces préposés et commis, lorsqu'ils ont commis ces soustractions, doivent-ils être confondus, avec toute autre personne coupable du même fait, dans le premier paragraphe de

[1] Conf. *Théorie du Code pénal*, 3e éd., t. II, p. 608.
[2] Bull. no 196, J. P. 54,1, 169. Dall. 53, 1, 236. Dev. et Car. 53, 1, 664.

Digitized by Google

l'article 255 ? Une règle générale du Code pénal veut que celui qui, en commettant un délit, trahit une confiance qui lui était donnée à raison d'une fonction qu'il remplissait, trouve dans cette violation d'un devoir spécial une aggravation du délit qu'il a commis. Or cette règle, qui est écrite dans les articles 198, 386, n° 3, et 408, § 2, du Code, ne doit-elle pas s'étendre aux clercs des notaires, aux préposés des dépositaires qui commettent des soustractions de pièces ? Lorsque toute autre personne, qui commet le même fait, est passible de la peine de la réclusion, aux termes de l'article 255, ne doivent-ils pas encourir une peine plus grave ? C'est pour résoudre cette espèce d'anomalie, qu'on a voulu appliquer le deuxième paragraphe de l'article 173, qui prononce la peine des travaux forcés à temps « contre tous agents, préposés ou commis, soit du gouvernement, soit des dépositaires publics, qui se seront rendus coupables des mêmes soustractions. » Mais il est évident, d'abord, que ce deuxième paragraphe ne doit point être détaché du premier, qu'il ne constitue pas une disposition générale applicable à tous les employés des dépositaires publics, mais une disposition particulière applicable aux employés des dépositaires qui rentrent dans les termes du § 1er. En effet, c'est après avoir parlé des administrateurs, fonctionnaires ou officiers publics qui auront détruit, supprimé, soustrait ou détourné les actes et titres dont ils étaient dépositaires en cette qualité, que l'article 173 arrive aux agents, préposés ou commis, soit du gouvernement, soit des dépositaires publics qui se sont rendus coupables des mêmes soustractions. La corrélation qui existe entre les deux parties de cet article est donc certaine : il s'agit *des mêmes soustractions*, par conséquent des mêmes dépôts publics dans lesquels les soustractions ont été commises ; donc, les agents, préposés ou commis du deuxième paragraphe sont les agents, préposés ou commis affectés au service des dépôts dont le § 1er fait mention. La question revient donc à savoir si les notaires rentrent dans les termes du § 1er ; car, comment le clerc ou préposé du notaire, pourrait-il être atteint par la disposition du deuxième paragraphe, si le notaire lui-même n'est pas compris dans la disposition du premier ? Or, il est certain, puisque les articles 254 et 255 se réfèrent l'un à l'autre, et que l'article 254 désigne nommément les notaires, que les soustractions de pièces, actes et effets, commises dans l'étude d'un notaire par le dépositaire

Digitized by Google

lui-même, rentrent dans les termes de l'article 255. A la vérité, les articles 173 et 255 punissent deux crimes parfaitement analogues l'un à l'autre, mais ces articles diffèrent par la matière à laquelle ils s'appliquent. Il ne faut donc pas, à raison d'une lacune que semble présenter l'article 255, suppléer à son texte et fonder l'aggravation d'une pénalité sur une règle qui n'est générale que parce qu'elle se trouve énoncée dans trois articles du Code et qu'elle régit trois incriminations, mais qui ne peut être étendue à aucun autre article que ceux où elle a été spécialement attachée, même par voie d'analogie. Cette interprétation a été nettement adoptée par la Cour de cassation dont l'arrêt dispose : « que les dépositaires publics auxquels s'applique l'article 173, sont ceux qui, dépositaires d'actes et de titres à raison de leur qualité ou de leurs fonctions, ne sont pas chargés de la garde d'un dépôt public, et ne sont responsables que des actes et titres qu'ils ont entre les mains ; que les articles 254 et 255 s'appliquent plus spécialement aux soustractions des pièces, actes et effets contenus dans les archives des greffes ou dépôts publics, ou remis à un dépositaire public en cette qualité ; que le deuxième paragraphe de l'article 173, qui punit de la même peine que les dépositaires eux-mêmes, les commis et préposés qui commettent les mêmes soustractions, n'a point été reproduit dans l'article 255 ; que ce dernier article, lorsque la soustraction a été commise dans un dépôt public par une autre personne que le dépositaire, a considéré le lieu même de la perpétration du délit comme une circonstance aggravante, abstraction faite de la qualité de l'agent ; qu'il n'est pas permis d'étendre l'application d'une disposition de la loi pénale au delà du cas pour lequel elle a été établie. »

Cass. 1er *septembre* 1853 [1]. — Dans une accusation de tentative de meurtre, la question avait été posée au jury dans les termes suivants : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis volontairement une tentative d'homicide, laquelle tentative, manifestée par un commencement d'exécution, *a manqué son effet par des circonstances* indépendantes de la volonté de son auteur ? » Cette question réunissait-elle tous les caractères de la tentative punissable ? Suffit-il de constater, pour faire rentrer la tentative

[1] Bull. no 441. Dall. 53, 1, 279. Dev. et Car. 54, 1, 76.

Digitized by Google

dans les termes de l'article 2 du Code pénal, qu'*elle a manqué son effet* par des circonstances indépendantes de la volonté de l'agent? Ne faut-il pas encore qu'elle *n'ait* manqué son effet *que* par ces circonstances? Et ces deux formules ont-elles la même valeur? Il est clair que la première, tout en assignant les circonstances extérieures comme l'une des causes qui ont fait échouer la tentative, n'exclut pas toute autre cause ; qu'elle laisse à côté de ces circonstances, la possibilité d'un ébranlement de la volonté, d'une indécision de l'agent, qui a pu concourir, avec les faits indépendants de cette volonté, à l'interruption de l'action. Or, la loi, en assimilant la tentative au crime consommé, a voulu attacher au fait de la tentative la présomption que l'action eût été nécessairement consommée, si des faits indépendants de la volonté de l'agent ne l'eussent arrêtée. C'est là l'élément principal du crime, c'est là ce que la question ne constatait pas suffisamment. De là l'arrêt qui casse : « Attendu que, d'après les termes de la question ci-dessus transcrite, le jury avait uniquement à rechercher, et qu'il n'a en réalité constaté, en des termes restrictifs qui ne sont pas ceux de la loi, que la tentative, imputée au demandeur, *avait manqué son effet* par des circonstances indépendantes de sa volonté et non, comme la loi l'a voulu, que ladite tentative *n'a* manqué son effet *que* par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Ainsi, cet arrêt a maintenu sévèrement les termes de la loi pénale, et n'a pas permis que, par l'omission d'un seul mot, on pût parvenir à étendre l'incrimination à des faits qui ne seraient pas strictement ceux que le législateur a voulu punir.

Cass. 2 septembre 1853[1]. — Aux termes de l'art. 30 de la loi du 8 juillet 1852, « toute affiche inscrite dans un lieu public, sur les murs, sur une construction quelconque, ou même sur toile, au moyen de la peinture ou de tout autre procédé, donnera lieu à un droit d'affichage. » Et toute contravention sera punie d'une amende de 100 à 500 fr. et des peines portées par l'art. 464 du Code pénal. La question s'est élevée, de savoir si cette disposition s'appliquait, soit à des enseignes, soit même à des cadres mobiles attachés aux murs et contenant, avec des peintures, l'indication de l'adresse de leur auteur. Cette extension de

[1] Bull. n° 446. Dall. 53, 1, 278. Dev. et Car. 54, 1, 75.

Digitized by Google

la loi a été rejetée : « attendu que, quelques graves et légitimes que soient les motifs qui ont porté le législateur à surveiller et à soumettre à un droit d'affichage toute affiche inscrite dans un lieu public, sur des murs, sur une construction quelconque et même sur toile, au moyen de la peinture et de tout autre procédé, on ne peut, dans l'état des faits, assimiler des portraits, produits de la photographie ou du daguerréotype, renfermés dans un cadre mobile attaché au mur et portant avec l'indication du prix, l'indication du nom et de la demeure de l'artiste, à des affiches telles que la loi du 8 juillet les a définies; que ces indications, accompagnées d'exposition d'échantillons, ne peuvent être considérées que comme des enseignes non soumises aux dispositions de la loi précitée. »

Cass. 29 *septembre et* 6 *octobre* 1853 [1]. — L'article 365 du Code pénal punit *le coupable de subornation de témoins;* mais il ne définit pas les actes qui constituent la subornation. Cette définition se trouve nécessairement dans les termes de l'article 60 qui détermine les caractères de la complicité, puisque la subornation n'est qu'un acte de complicité du faux témoignage. De là les arrêts qui déclarent 1° « que le seul fait de provocation au crime de faux témoignage peut ne pas constituer par lui-même la subornation ; 2° que le fait d'avoir *engagé* un tiers à faire devant la Cour d'assises une déclaration mensongère en sa faveur, ne présente pas les caractères légaux du crime de subornation de témoins ; qu'en effet, la provocation au faux témoignage ne peut constituer un acte de complicité de ce crime que lorsqu'elle est accompagnée de l'un des moyens énoncés dans l'article 60 du Code pénal. »

Cass. 14 *octobre* 1853 [2]. — L'article 155 du Code pénal punit d'une peine correctionnelle « les officiers publics qui délivreront un passeport à une personne qu'ils ne connaîtront pas personnellement, sans avoir fait attester ses noms et qualités par deux citoyens à eux connus. » Dans l'espèce, le prévenu, qui était adjoint des mariés, n'avait pas délivré lui-même le passeport, parce qu'il s'agissait d'un passeport à l'étranger qui ne pouvait être délivré que par le préfet ; mais c'était sur sa recommanda-

[1] Bull. nos 484 et 496. Dall. 53, 5, 440.
[2] Bull. n° 511. Dall. 53, 5, 341.

Digitized by Google

tion expresse et par écrit, que le passeport avait été délivré sous un nom supposé. L'article 155 pouvait-il être appliqué? non, en se tenant strictement à son texte; oui, si l'on faisait fléchir ce texte en l'expliquant par ses motifs. L'arrêt a décidé : « que l'article 155 ne s'applique qu'aux officiers publics qui délivrent un passeport à une personne qu'ils ne connaissent pas personnellement sans avoir fait attester les noms et qualités par deux citoyens à eux connus; qu'il a déclaré, en fait, par l'arrêt attaqué que le passeport, dont la délivrance, sous un nom supposé, avait donné lieu à la poursuite, n'avait pas été délivré par le prévenu adjoint du maire, mais par le préfet qui, seul d'ailleurs, aux termes de l'article 1er de la loi du 14 ventôse an IV, avait le droit de délivrer, sur l'avis motivé de l'autorité municipale, un passeport à l'étranger; que, dans cet état des faits, l'arrêt attaqué a pu, sans violer la disposition de l'article 155, décider que le concours du prévenu, en donnant un avis favorable à la délivrance d'un passeport sous un nom supposé, ne constate par le délai prévu par cet article. »

Cass. 15 *octobre* 1853 [1]. — L'article 248 du Code pénal frappe d'une peine correctionnelle « ceux qui ont recélé ou fait recéler des personnes *qu'ils savaient avoir commis* des crimes emportant peine afflictive. » Cet article peut-il être appliqué à celui qui n'a su que par la notoriété publique que la personne à qui il donnait asile était prévenue d'avoir commis un crime? Cette connaissance vague et incertaine du crime suffit-elle pour constituer la criminalité du recélé? La Cour de cassation a déclaré : « qu'il ne suffit pas pour que les auteurs de ce délit soient déclarés coupables, qu'ils aient été informés des poursuites exercées contre le prévenu, mais qu'il faut encore, pour faire une juste application de l'article 248, que les recéleurs aient eu *une connaissance personnelle* que l'individu qu'ils ont recélé avait commis le crime qui donne lieu à ces poursuites. »

Cass. 6 *octobre* 1853 [2]. — Aux termes de l'article 380 du Code pénal, « les soustractions commises par les maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, » ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles. Il est évi-

[1] Bull. n° 515. Dev. et Car. 54, 1, 155.
[2] Bull. n° 492. Dall. 53, 5, 487.

Digitized by Google

dent que c'est là une règle générale, fondée sur les rapports intimes qui existent entre ces personnes et sur le droit de copropriété qu'ils peuvent avoir l'un et l'autre aux biens qu'ils déroberaient; cette règle doit donc envelopper les soustractions qu'ils commettent l'un envers l'autre, quelque soit leur caractère, quelles que soient les circonstances qui les accompagnent. Comment, par exemple, distinguer entre le vol simple et le vol accompagné de circonstances aggravantes? Est-ce que l'article 380, placé immédiatement après l'article 379, qui définit le vol, ne s'applique pas à toutes les espèces de vol? S'il faut voiler la soustraction simple faite entre époux, ne faut-il pas la voiler également quand cette soustraction est faite avec fausses clefs ou avec effraction? L'article 380 n'a-t-il pas prévu, dans son deuxième paragraphe, la soustraction faite de complicité, et n'a-t-il pas, dans ce cas même, maintenu son exemption? Ne serait-ce pas étendre les peines de vol à des cas où la loi n'a pas voulu les appliquer, que de les prononcer contre le vol commis entre époux, par cela seul que ce vol puise dans les faits de sa perpétration une plus haute gravité? que s'il a été commis avec des violences, ces voies de fait pourront être punies comme délit *sui generis*, mais la soustraction elle-même demeure à l'abri des poursuites. Telle est la décision de l'arrêt cité plus haut. Une femme avait été déclarée coupable de s'être rendue complice par provocation d'un vol commis la nuit sur un chemin public et avec violence sur la personne de son mari; et la cour d'assises avait prononcé la peine de la réclusion. Cette condamnation a été cassée : « Attendu que les soustractions commises par des femmes au préjudice de leurs maris, ne peuvent, d'après l'article 380, donner lieu qu'à des réparations civiles [1]. »

Cass. 10 *novembre* 1853 [2]. — L'article 45 de la loi du 21 mars 1832 a réduit aux proportions d'un simple délit, le fait, jusque-là puni par l'article 477 du Code pénal, des médecins ou officiers de santé appelés au conseil de révision, qui reçoivent des dons pour être favorables aux jeunes gens qu'ils doivent examiner. Cette modification législative a soulevé la question de savoir si la tentative de corruption par offres ou promesses non

[1] Et dans le même sens, cass., 26 juillet 1811. J. Pal. t. IX, p. 494.
[2] Bull. n° 535 et Conf. cass. 14 juin 1851. Bull. n° 222.

Digitized by Google

suivies d'effet, par un chirurgien du conseil de révision, est punissable. L'article 179 § 2e du Code pénal porte : « Si les tentatives de corruption n'ont eu aucun effet, les auteurs de ces tentatives seront punis, etc. » Cette disposition peut-elle être appliquée quand la tentative avait pour objet le fait prévu par l'article 45 de la loi du 21 mars 1832? Il faut répondre négativement parce que ce fait ne constitue qu'un simple délit, parce qu'aux termes de l'article 3 du Code pénal les tentatives de délit ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition expresse de la loi, parce qu'aucune disposition de loi ne punit la tentative de provocation du délit prévu par l'article 45. La Cour de cassation a donc dû proclamer sur ce point la lacune de la loi pénale « Attendu qu'en statuant par une disposition spéciale : le législateur a, en ce qui concerne la qualification et la répression de ce fait, écarté l'application de l'article 177 ; que les dispositions des articles 177 et 179 sont corrélatives; que le 2e § de l'article 179 ne pouvait être appliqué dans un cas où la tentative manquerait d'un élément essentiel de criminalité, parce que le fait qui en ferait l'objet a été réduit par la loi aux proportions d'un simple délit. »

Cass. 10 *novembre et décembre* 1853 [1]. — La loi du 27 mars 1851, qui a soumis à une répression plus efficace certaines fraudes dans la vente des marchandises peut-elle être appliquée soit à la falsification des boissons, soit à la tromperie sur la qualité des marchandises vendues? Non, car, d'une part, cette loi n'a prévu que la vente des marchandises, et elle a laissé subsister les lois relatives à la vente des boissons; et d'une autre part, elle prévoit la tromperie sur la quantité ou la nature des denrées, elle ne prévoit pas la tromperie sur la qualité, à moins que le fait ne constitue une falsification. Il a été jugé en conséquence : « 1° qu'il résulte de l'ensemble des dispositions de la loi du 27 mars 1851 que ces dispositions se rapportent seulement aux matières qui font l'objet de l'article 423 du Code pénal, et qu'elles ne s'appliquent pas à la falsification des boissons spécialement prévue par les articles 318 et 475, n° 6, du Code pénal : 2° que la tromperie, dans la vente de toute marchandise, n'est punissable qu'autant qu'elle porte sur la nature des choses

[1] Bull. nos 536 et 569.

Digitized by Google

livrées ou sur leur quantité ou qu'elle en falsifie la substance[1].

Cass. 15 *décembre* 1853[2]. — La circonstance aggravante de l'effraction est-elle suffisamment caractérisée par la déclaration que le vol a été commis *avec effraction intérieure*? Il suffit, pour résoudre cette question, de se reporter aux termes précis de l'article 396 du Code pénal. L'effraction intérieure quelle qu'elle soit, et lors même qu'elle consiste dans l'enlèvement d'une caisse fermée, suppose nécessairement une introduction préalable dans un lieu clos. Or, est-ce que ces mots *effraction intérieure* emportent virtuellement en eux-mêmes la circonstance du lieu clos? Est-ce qu'il n'est pas possible que l'objet ait été enlevé dans un lieu non clos et fracturé après l'enlèvement? Et dans ce dernier cas, faudrait-il donc appliquer l'aggravation pénale? Il est clair que, pour maintenir dans leur rigoureuse exactitude les règles du Code, pour ne pas étendre la pénalité motivée par l'effraction à des faits qui ne constituent pas l'effraction légale, il faut sevèrement exiger que le jury constate les éléments de cette aggravation; or, les éléments sont, d'une part, l'introduction dans un lieu clos; d'une autre part, l'effraction commise après cette introduction. La jurisprudence n'a jamais dévié quant à la nécessité de constater ces deux faits, mais elle avait peut-être trouvé trop facilement cette constatation dans des déclarations qui supposaient l'introduction dans le lieu clos, mais ne l'énonçaient pas avec précision. Les arrêts cités plus haut ne font qu'appliquer à l'effraction intérieure une règle déjà posée à l'égard de l'effraction extérieure. Le motif de décision était le même dans les deux cas : c'est qu'il suffit qu'une confusion soit possible entre l'acception ordinaire et l'acception de droit de cette expression légale pour que la déclaration du jury qui s'est bornée à l'employer, manque des caractères de certitude qu'exige la loi. La Cour de cassation a donc dû décider, pour maintenir la stricte application des textes de la loi pénale, « qu'il ne suffit pas que le vol ait été commis à l'aide d'une effraction intérieure pour qu'on puisse induire de ces termes qu'il a été commis dans un lieu clos; que la circonstance du lieu, comme celle de l'effraction elle-même, doivent donc être énoncées dans les questions soumises au jury. »

[1] Arr. cass., 27 avril 1854, non encore imprimé.
[2] Bull. n° 579 et Conf. cass., 27 nov. 1852. Bull. n° 334.

Digitized by Google

Cass. 6 *janv.* 1854[1]. — Le fait de menacer une personne de dénoncer un délit qu'elle a commis, afin de se faire remettre une somme d'argent, constitue-t-il le délit d'escroquerie? Cet acte est profondément immoral ; l'agent spécule sur le mal qu'il peut faire pour se faire payer son silence. Mais tous les actes immoraux n'ont pas le caractère d'un délit ; la loi pénale n'a pas basé ses incriminations sur la seule immoralité des faits, elle les a principalement fondées sur le préjudice qu'ils causent à l'ordre social. Toutes les fraudes qui n'apportent pas un trouble direct à la sécurité publique, qui ne sont pas de nature à se renouveler ou qui se manifestent par des paroles plutôt que par des faits précis, échappent à la répression, parce que cette répression n'a qu'un intérêt secondaire et que son application jetterait plus d'alarmes dans la société que les fraudes elles-mêmes. Il y a donc nécessité pour le juge de se tenir rigoureusement dans les termes des lois qui punissent le dol pénal, car ces lois ont fixé la limite où elles ont cru pouvoir saisir ce dol ; aller au delà, c'est, non-seulement étendre la loi, mais jeter la perturbation dans les rapports sociaux. C'est d'après cette doctrine que la Cour de cassation a jugé, dans l'espèce, « que l'événement dont était menacée la femme Lavande, lorsque le prévenu lui disait qu'il dénoncerait son fils, qui serait condamné à 50 francs d'amende pour délit de pêche, était loin d'être chimérique ; qu'il ne faisait que lui rappeler les conséquences vraies ou probables de la dénonciation qu'il pouvait faire ; que dès lors, l'arrêt attaqué, en décidant que le défendeur ne s'était pas rendu coupable du délit d'escroquerie, et en le renvoyant de la poursuite, a sainement interprété et appliqué les dispositions de l'article 405. »

Cass. 18 *mars* 1854[2]. — L'article 309 du Code pénal punit les blessures volontaires de la peine de la réclusion, *s'il est résulté de ces sortes de violences une maladie ou incapacité de travail personnel pendant plus de vingt jours.* Est-il nécessaire, pour l'application de cette peine, qu'il y ait eu incapacité effective pendant plus de vingt jours ? suffit-il que les blessures aient été de nature à la causer? Dans l'espèce, les rapports des médecins déclaraient que la victime ne pourrait être rétablie dans les vingt

[1] Bull. n° 7.
[2] Bull. n° 79.

Digitized by Google

jours, et le dix-septième elle était emportée par le choléra. L'interruption effective du travail n'avait donc pas duré vingt jours, et la Cour de cassation a déclaré, sur un pourvoi formé par le ministère public contre un arrêt de la chambre d'accusation, « que, d'après les dispositions de l'article 309, il n'y a lieu à renvoyer le prévenu devant la Cour d'assises que dans le cas où il est résulté des coups une incapacité de travail de plus de vingt jours ; que la loi a considéré comme élément constitutif du crime cette incapacité effective du travail ; qu'en fait, la victime étant décédée avant l'expiration du délai de vingt jours, c'est avec raison que le prévenu a été renvoyé en police correctionnelle. » Cet arrêt témoigne du respect de la Cour pour le texte de la loi. La condition légale de l'incrimination est l'interruption effective du travail pendant plus de vingt jours. A la vérité, la gravité des blessures faisait présumer, lorsqu'une mort accidentelle a enlevé la victime, que l'incapacité de travail se prolongerait au delà de vingt jours ; mais ce n'est là qu'une présomption et la loi exige un fait ; l'interprétation ne peut substituer l'un à l'autre. Si le prévenu profite de cet événement, cela résulte du système même de la loi qui a fait dépendre la peine de la matérialité du fait. Et d'ailleurs que de périls entraînerait ici une interprétation extensive ! La peine aurait pour base, non plus un fait, mais une simple conjecture, une opinion médicale qui pourrait être débattue et contredite ! L'incertitude enveloppe-rait, non plus seulement le point de droit, mais le point de fait lui-même.

Nous ne continuerons pas cette aride énumération d'arrêts ; nous pourrions en citer un grand nombre encore, car le principe de l'interprétation pénale, incessamment appliqué, soulève chaque jour des difficultés et des questions. Mais il nous suffit de constater la doctrine constante et invariable de la jurisprudence.

Il résulte de tous les arrêts qui viennent d'être rappelés, que ce principe répudie toute interprétation extensive, quels que soient les motifs qui l'appuieraient, les analogies qui l'expliqueraient, l'intérêt qui s'y attacherait. Nous avons parcouru des espèces dans lesquelles cette extension était en quelque sorte sollicitée par des raisons d'ordre social et par la morale elle-même. Le caractère intrinsèque des faits, le préjudice qu'ils avaient causé, les périls réels ou imaginaires qu'ils portaient en eux-mêmes, les

Digitized by Google

inductions que les motifs et les dispositions analogues de la loi venaient offrir, tout semblait convier l'interprétation à se laisser glisser sur la pente sans cesse ouverte sous ses pas, et à les envelopper dans des incriminations plus ou moins flexibles. Elle s'est arrêtée avec fermeté dans cette voie dangereuse; elle a senti qu'en se montrant plus prévoyante que les lois, elle risquerait de devenir purement arbitraire; qu'elle sert avec plus d'efficacité l'intérêt social en maintenant d'une manière fixe le vrai sens de la loi pénale, qu'en se laissant entraîner à la suite des faits à des répressions injustes par cela seul qu'elles sont imprévues; que c'est la certitude de la répression des crimes et des délits qui fait la base de l'ordre et non l'incrimination mobile et incertaine de tous les faits que la conscience humaine ou les multiples intérêts de la société peuvent réprouver.

Nous n'hésitons donc pas, sur ce second point comme sur le premier, à conclure que la jurisprudence a donné sa sanction à la doctrine qui a été précédemment exposée, et qu'elle répudie à la fois et l'interprétation restrictive et l'interprétation extensive.

VIII. L'interprétation de la loi pénale doit donc être purement et simplement déclarative. C'est là notre dernière proposition et c'est aussi la stricte conséquence des deux premières règles; car si l'interprétation ne doit ni restreindre, ni étendre la loi, il est clair qu'elle doit se borner à déclarer le sens propre et naturel de ses termes, sans prendre la raison de son explication en dehors, sans chercher à substituer son esprit à son texte.

Tous les arrêts que nous avons cités ne sont, au fond, que des applications dans des espèces diverses, de l'interprétation déclarative; en effet, soit qu'ils rejettent une restriction ou une extension de la loi, ils recherchent en même temps dans ses textes mêmes, dans les principes qu'ils appliquent, le véritable sens de la disposition contestée. Nous pourrions donc nous dispenser de donner d'autres exemples de cette interprétation. En voici cependant quelques-uns encore :

Cass. 23 *avril* 1853 [1]. — L'article 361 du Code pénal punit le faux témoignage rendu *soit contre l'accusé, soit en sa faveur.* Une chambre d'accusation, après avoir reconnu l'existence d'un faux témoignage, c'est-à-dire d'une déposition mensongère faite

[1] Bull. nº 141.

Digitized by Google

à l'audience d'une Cour d'assises, ajoutait néanmoins que cette déposition manquait d'un caractère de netteté et de précision suffisant pour qu'on pût déterminer si elle était faite en faveur de l'accusé ou contre lui, et elle avait rendu, en conséquence, un arrêt de non-lieu. La Cour de cassation, saisie par le pourvoi du ministère public, a déclaré « que ce dernier élément est caractéristique du crime prévu et puni par l'article 361, et que là où il n'est point prouvé ni affirmé, il n'y a, au point de vue du faux témoignage, ni crime ni délit ; » elle a donc rejeté le pourvoi. Cet arrêt, en fixant le sens de l'article 361, ne puise les éléments de sa décision que dans le texte même de cet article. La loi a défini le caractère du préjudice que le faux témoignage doit occasionner; ce préjudice est l'une des bases de l'incrimination. Là où il n'est pas constaté, le crime n'existe plus.

Cass. 18 *juin* 1853 [1]. — Un aubergiste avait refusé de recevoir, malgré la réquisition de la gendarmerie, assistée du maire, un individu qui venait d'être trouvé couché et mourant, par suite d'une congestion cérébrale, et que l'on transportait dans l'auberge afin qu'il y reçût les secours nécessaires pour le rappeler à la vie. Ce refus constituait-il une contravention à l'article 475, n° 12, du Code pénal? Le tribunal de police avait jugé que, dans l'espèce, où il ne s'agissait que d'un accident individuel, le refus du prévenu, quelque blâmable qu'il fût sous le rapport de l'humanité, ne tombait pas sous l'application de cet article. La Cour de cassation a reconnu que c'était là une saine interprétation de la loi, « attendu que la signification légale du mot *accident,* qui se trouve dans le n° 12 de l'article 475, est fixée et limitée par les autres événements qu'il dénomme ; que le refus d'obéir à la réquisition faite à l'occasion de ces accidents, ne peut dès lors entraîner l'application de la peine, que dans le cas où ils étaient, comme les tumultes, naufrages, inondations, incendies et autres calamités, susceptibles de compromettre la paix ou la sûreté publique, si les travaux, les services, ou les secours requis n'étaient pas immédiatement effectués ou prêtés. » Cet arrêt présente un exemple remarquable de l'interprétation déclarative : il s'agissait de fixer le sens du mot *accident;* il cherche ce sens dans le principe que l'article applique et dans ses termes. Ce

[1] Bull. n° 215.

Digitized by Google

principe est que le secours n'est obligé que lorsqu'un intérêt général le sollicite, lorsqu'il y a trouble ou péril dans la cité, lorsque l'événement menace non point un seul individu, mais une collection d'individus. Les termes de la loi viennent attester que tel est le vrai sens de cette disposition, puisque tous les accidents qu'il énumère, sont susceptibles de troubler la sécurité générale ou de mettre en péril la vie d'un certain nombre de personnes.

Cass. 8 *juillet* 1853 [1]. — L'article 15 du décret du 17 février 1852 punit « la publication ou la reproduction de nouvelles fausses. » L'appréciation fausse d'un fait vrai peut-elle constituer une fausse nouvelle ? La Cour de cassation a jugé « que l'article 15 ne s'applique qu'aux nouvelles proprement dites ; que l'appréciation morale d'un fait par le journaliste qui le publie, ne peut, lorsque ce fait est vrai en lui-même, et que, d'ailleurs, cette appréciation n'est pas de nature à en changer le caractère, constituer une fausse nouvelle. » Il s'agissait encore ici de fixer la signification d'une expression de la loi ; l'interprétation a donné à cette expression son sens naturel et commun. Il est clair que la simple appréciation d'une nouvelle n'est pas une nouvelle, parce qu'elle n'en modifie pas les circonstances, tant qu'elle ne substitue pas au fait vrai qu'elle commente un autre fait qui serait faux. La nouvelle est l'annonce ou la narration d'un fait ; l'appréciation est la critique ou le commentaire de ce fait. La loi qui s'applique à l'un ne s'applique pas nécessairement à l'autre.

Cass. 9 *septembre* 1853 [2]. — L'article 401 prononce la mise en surveillance pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. La durée de cette peine accessoire peut-elle être abrégée en cas de circonstances atténuantes ? La Cour de cassation a déclaré, conformément à plusieurs arrêts antérieurs, « que la disposition de l'article 463 est générale ; qu'elle s'applique à tous les délits prévus par le Code, et à toutes les peines qu'il prononce ; qu'elle a pour but de donner au juge toute latitude pour proportionner la peine au plus ou moins de gravité du délit ; que le renvoi sous

[1] Bull. n° 348. Dev. et Car. 53. 1. 590.
[2] Bull. n° 456.

Digitized by Google

la surveillance peut donc, comme toute autre peine, être modifié dans sa durée par l'effet des circonstances atténuantes. »

Nous ne pousserons pas ces citations plus loin. Ces exemples suffisent pour rendre sensible le véritable caractère de l'interprétation déclarative. Elle interroge, pour fixer le sens de la loi, non-seulement ses textes, mais le système qu'elle consacre et les principes qui la dominent; mais elle n'invoque cet élément scientifique que pour éclairer ses termes et non pour lutter contre eux, pour constater leur signification, non pour leur imposer une signification qu'ils n'acceptent pas. L'interprétation déclarative n'est donc point l'interprétation littérale, car elle remonte à l'esprit et aux motifs de la disposition légale pour en mieux apprécier le sens ; mais elle n'est point non plus l'interprétation doctrinale, telle que la loi civile la conçoit, et en ce sens qu'elle puisse suppléer aux lacunes de la loi, et fonder en quelque sorte une seconde loi à côté de la première. Elle est véritablement, et dans toute sa rigidité, l'interprétation logique des mots et des règles que ces mots formulent.

Ce principe d'interprétation, nous le savons, n'est point inflexible. Il n'en saurait être autrement. L'application des lois ne peut être soumise à des formules mathématiques et rigoureuses ; et nous aurions peut-être pu noter, à côté des arrêts que nous avons rapportés, quelques arrêts qui ne l'ont pas appliqué avec la même séverité. Mais quelque vague que ce principe puisse paraître, il exprime du moins une vérité qui tient à la nature même des choses et qui ne peut varier : c'est que l'interprétation de la loi pénale doit avoir pour base ses termes mêmes, avec leur sens ordinaire.

C'est ainsi que la jurisprudence paraît avoir compris ce principe. Nous avons constaté que son esprit et sa tendance habituelle suivaient la voie que nous avons tracée. Cette voie, nous le croyons, est, en matière d'interprétation de la loi pénale, la seule que la justice puisse suivre avec sûreté, et dont la liberté civile n'a rien à redouter ; car la justice ne risque point de s'égarer, tant qu'elle ne s'écarte pas des textes de la loi pour en poursuivre l'esprit, tant qu'elle ne veut pas suppléer à son dispositif à l'aide de ses motifs, et la liberté civile n'a point à se plaindre quand les lois sont appliquées dans toute leur teneur, sans les laisser fléchir sur aucun point, mais sans en étendre arbitrairement la portée. Il est bien entendu, au surplus, qu'il n'est ici question

Digitized by Google

que de l'interprétation de la loi pénale, et non de celle de la loi de procédure criminelle.

FAUSTIN HÉLIE.

DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE ATTRIBUÉ AUX MAIRES

A L'EFFET DE POURVOIR A LA SURETÉ ET A LA COMMODITÉ DU PASSAGE DANS LES RUES ET PLACES, A LA CONSERVATION DE LA TRANQUILLITÉ PUBLIQUE, ET AU MAINTIEN DU BON ORDRE DANS LES FOIRES ET MARCHÉS ET DANS LES SPECTACLES [1].

Par M. G. DUFOUR, avocat à la Cour de cassation.

« Le maire, porte l'art. 11 de la loi du 18 juillet 1837, prend « des arrêtés à l'effet : 1° d'ordonner les mesures locales sur les « objets confiés à sa vigilance et à son autorité ; 2° de publier « de nouveau les lois et règlements de police, et de rappeler les « citoyens à leur observation. » Ainsi, tous les actes destinés à exprimer les ordres, à formuler les volontés du magistrat municipal sont compris sous une seule et même dénomination, celle d'*arrêtés*. Le chef de l'État *ordonne* ou *décrète*, le maire *arrête*.

Mais tantôt l'objet de l'arrêté est d'établir une règle et d'aider ainsi à l'œuvre du législateur par une disposition secondaire ; tantôt il fait application directe de la loi et, sous forme d'autorisation, d'injonction ou d'interdiction, consacre une mesure essentiellement individuelle et spéciale. Cette distinction, que nous avons adoptée déjà pour les actes de l'autorité suprême, et pour les actes de l'autorité préfectorale, va faire la base de notre étude sur les actes de l'autorité municipale. Nous examinerons successivement les *arrêtés réglementaires* et les *arrêtés individuels et spéciaux*.

Le pouvoir réglementaire remis aux mains du maire ne se distingue point dans sa nature, non plus que dans son étendue par rapport au pouvoir législatif, du pouvoir réglementaire dont la plénitude appartient au dépositaire suprême du pouvoir exécutif. Ce principe entraîne l'application aux actes réglementaires de l'office du maire, de tout ce qui a été dit des limites et des caractères des dispositions réglementaires dans le chapitre

[1] Cet article est extrait du Traité de *Droit administratif appliqué*, dont les deux premiers volumes viennent de paraître chez M. Cotillon, libraire du conseil d'État.

Digitized by Google

consacré au chef de l'État. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

Pour distinguer les divers objets du domaine de la police municipale, il faut s'attacher à la nomenclature dressée dans l'art. 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 et interroger ensuite, dans les lois spéciales, les textes qui ont pu donner aux maires mission de réglementer certaines matières.

Voyons d'abord la nomenclature. Nous savons déjà que l'énumération présentée dans chacun de ses termes, n'a rien de limitatif et que c'est l'étendue de l'intérêt, du besoin auquel la loi s'est proposé de pourvoir qui donne la mesure de l'attribution qu'elle a faite.

« Les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux sont :

« 1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du pas-
« sage dans les rues, quais, places et voies publiques ; ce qui
« comprend le nettoiement, l'illumination, l'enlèvement des dé-
« combres, la démolition ou la réparation des bâtiments mena-
« çant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou au-
« tres parties des bâtiments qui puisse nuire par sa chute, et
« celle de rien jeter qui puisse blesser ou endommager les pas-
« sants, ou causer des exhalaisons nuisibles. »

Le maire puise dans cette disposition le droit d'édicter toutes les injonctions, prescriptions ou interdictions qu'il juge utiles pour écarter tout danger des habitants dans la fréquentation de la voie publique, et leur en procurer le libre et tranquille usage. Les personnes et les choses sont soumises à son empire, dans leur rapport avec les exigences de la circulation.

Un maire a-t-il cru devoir, comme garantie du bon ordre qui est la première condition de la sûreté de la voie publique, interdire aux filles publiques d'y stationner pendant le jour, de s'y faire accompagner, aborder ou suivre par qui que ce soit, et de sortir sous aucun prétexte de leurs demeures après certaines heures du soir ; l'arrêté est légal et obligatoire, et c'est vainement qu'on se retrancherait, pour échapper à la défense de paraître sur la voie publique après l'heure fixée, dans le droit qu'a chacun de sortir de chez soi pour toute cause licite. (Voy. arrêt 23 avril 1842.)

L'intérêt de la circulation légitimerait de même un arrêté pris à l'effet de réglementer l'affiche ou la distribution d'écrits, gravures ou lithographies sur la voie publique. (Voy. arrêt 1er juin

Digitized by Google

1849.) Mais là où l'intérêt de la circulation fait défaut, le maire est sans autorité; et pour les écrits, gravures ou lithographies, par exemple, il n'aurait rien à voir dans les distributions à domicile. (Voy. *ibid.*)

L'obligation du balayage journalier au-devant des maisons est imposée par les règlements municipaux dans presque toutes les villes. Elle constitue une charge de la propriété, et il s'ensuit que le propriétaire est lui-même punissable lorsqu'à défaut de son locataire, il ne satisfait pas à la prescription. (Voy. arrêt 4 mai 1848.)

Il est difficile de supposer que le droit de prescrire le balayage puisse faire le sujet d'une contestation. On a cependant vu dans certaines circonstances, la résistance emprunter un point d'appui au droit de propriété. On a répondu parfois, pour échapper à la poursuite en contravention, que la maison donnait sur un passage et non sur une rue, et d'autres fois, que le devant de la maison appartenait au propriétaire et formait une cour particulière. (Voy. arrêts 13 avril 1839 et 22 avril 1842.) A cet égard, le principe, c'est que tant qu'un terrain privé est livré à la circulation, il est virtuellement soumis aux mesures de police, et que les passages, les ruelles et les cours, communes ou non, ouvertes et adhérentes à la voie publique, en dépendent et doivent être considérées comme en faisant partie pour tout ce qui touche à la sûreté et à la salubrité.

Le même principe autorise les maires à réglementer l'entrée et la sortie, le chargement et le déchargement des voitures de louage, qui stationnent dans des remises ouvertes et attenantes à la voie publique. (Voy. arrêt 8 mars 1845.)

Il faut aller plus loin. La Cour de cassation déclare légal et obligatoire l'arrêté municipal qui ordonne la suppression des entrées de caves établies sur la voie publique (Voy. arrêt 20 avril 1837), de même que celui qui interdit d'avoir des écuries le long des rues et places, et, sur le motif qu'il s'exhale une mauvaise odeur et que les animaux troublent par leurs cris et beuglements le repos et la tranquillité des passants, enjoint de les transférer derrière les habitations ou dans les cours. (Voy. arrêt 1er mars 1851.) L'intérêt et le droit de tous domine et fait, au besoin, céder l'intérêt et le droit de chacun. La propriété limitrophe à la voie publique est, par cela même, condamnée à souffrir les restrictions commandées par les besoins de la circu-

Digitized by Google

lation. Il est d'ailleurs vrai de dire qu'elle trouve le plus ordinairement, dans les avantages qu'elle retire de sa position, une large compensation aux sacrifices qu'elle a à supporter.

Nous rappellerons l'attention sur les arrêtés touchant *la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais et voies publiques*, lorsque nous traiterons à un point de vue plus général, de la *voirie municipale*, que l'art. 10 de la loi du 18 juillet 1837 confie à la vigilance du maire comme distincte de la police municipale. Mais je ne veux point abandonner l'attribution spéciale écrite dans le § Ier de l'art. 3, tit. XI de la loi de 1790, sans faire remarquer comment elle se concilie avec les pouvoirs réservés aux préfets pour la dépendance de la grande voirie. Les rues qui tombent dans le domaine de la grande voirie à titre de voies de communication d'intérêt général, parce que l'administration les emprunte pour la traversée des grandes routes dans les villes, n'en restent pas moins soumises à l'autorité municipale pour la circulation locale. Le droit et le devoir de cette autorité est de pourvoir à la sûreté et à la commodité du passage dans ces rues aussi bien que dans toutes les autres. (Voy. arrêts 25 avril 1839 et 27 avril 1849.)

La loi du 24 août 1790 confie également à la vigilance et à l'autorité du magistrat municipal, « 2° le soin de réprimer et « de punir les délits contre la tranquillité publique, tels que les « rixes et disputes accompagnées d'ameutements dans les rues, « le tumulte excité dans les lieux d'assemblées publiques, les « bruits et attroupements nocturnes qui troublent le repos des « citoyens. »

Une loi, à la date du 10 avril 1831, spécialement faite contre les attroupements, n'autorisait l'emploi de la force qu'après trois sommations demeurées inutiles, n'assimilait le refus d'obtempérer à la première sommation qu'à une contravention de police, et ne permettait d'élever l'emprisonnement qu'à trois mois après la seconde sommation, et à un an après la troisième. (Voy. art. 1 et 2.) En 1848, on reconnut l'insuffisance des garanties données à l'ordre public par la loi de 1831, et de là le décret du 7 juin 1848, qui a pour base une distinction entre les attroupements armés et ceux qui ne le sont pas.

D'après ce décret, le devoir du maire, à l'égard des rassemblements et attroupements, est simplement de faire les somma-

Digitized by Google

tions et d'exhorter ceux qui composent les attroupements à se disperser.

Les dispositions qui veulent que l'emploi de la force soit précédé de sommations doivent-elles être entendues en ce sens que la troupe ne pourra faire usage de ses armes avant les sommations, même dans le cas où elle serait attaquée?

Poser la question, c'est la résoudre. La force publique ne peut avoir moins de droits qu'un particulier. Le décret du 7 juin 1848 se complète, sous ce rapport, par les dispositions contenues en l'art. 25 d'une loi du 3 août 1791, loi à laquelle se référait expressément celle de 1831. Il ne règle l'emploi de la force que pour le cas où il doit être subordonné à l'autorisation d'un officier civil, et n'implique nullement l'idée d'une dérogation aux lois antérieures qui prévoient le cas où l'attaque légitime la défense.

Il ne faudrait pas supposer, au surplus, que l'effet des lois spéciales est de décharger l'autorité municipale de tout soin et de toute responsabilité, dans les circonstances en vue desquelles elles ont pu être faites. Le devoir et le droit de l'autorité municipale, à cet égard, sont écrits dans le § de la loi de 1790 qui nous occupe. Maintenir l'ordre et parer à tout ce qui peut porter atteinte à la tranquillité publique, c'est une obligation générale et absolue qui ne cesse jamais de peser sur elle.

Le législateur, par exemple, a bien, par l'institution des gardes nationales, pourvu à l'organisation permanente d'une force affectée au maintien de l'ordre. Mais dans un moment de troubles, en face d'événements de la nature de ceux, par exemple, dont Paris a été le théâtre au mois de juin 1848, et pour parer aux contre-coups qu'ils pourraient avoir sur d'autres points du territoire, les maires n'en sont pas moins les maîtres de convoquer tout ou partie des hommes valides de la commune, et d'établir avec leur concours un service temporaire d'ordre et de sûreté, à la seule condition de ne point contrarier ni gêner l'action de la garde nationale. (Voy. arrêt 7 déc. 1848.)

Mais en dehors des précautions extraordinaires que comportent les temps de crise, les mesures de police municipale n'ont pas, à beaucoup près, cette gravité. Nous citerons les arrêtés qui, dans certaines villes, défendent aux ouvriers dits compagnons ou garçons du devoir, de se produire en groupes plus ou moins nombreux dans les rues on tous autres lieux publics,

Digitized by Google

armés de cannes ou de bâtons et décorés de rubans et autres signes particuliers. (Voy. arrêt 18 mai 1844.)

Les règlements sur les crieurs et afficheurs se rattachent également à la disposition qui constitue les maires gardiens du repos public. Mais la loi n'a laissé sur ce point que bien peu de choses à faire au pouvoir réglementaire.

Aux termes de la loi du 16 février 1834, nul ne peut exercer, même temporairement, la profession de crieur, vendeur et distributeur sur la voie publique d'écrits, dessins, emblèmes, ainsi que celle de chanteur, sans une autorisation du maire, qui peut toujours être retirée. Défense est faite aux crieurs d'ajouter, lire ou débiter aucun sommaire ou commentaire au titre des écrits qu'ils annoncent, et la loi les oblige au dépôt préalable, entre les mains du maire, des écrits, imprimés, chansons, dessins, emblèmes, etc. (Voy. L. 10 déc. 1830, art. 3 et 7, et 16 fév. 1834, art. 1.)

L'autorité municipale n'a donc qu'à pourvoir à l'application de la loi par des mesures de détail. A Paris, les individus auxquels les permissions ont été accordées, sont tenus, lorsqu'ils exercent leurs professions, de porter ostensiblement une plaque où sont gravés les mots: *Loi du* 16 *février* 1834, leurs nom et profession, et le numéro de la permission. Ils ne peuvent publier aucun écrit qu'en *circulant* sur la voie publique, et il leur est interdit de recourir, à moins d'une permission exceptionnelle, à des écriteaux, lanternes, transparents ou autres moyens d'annoncer les objets qu'ils sont chargés de distribuer. (Voy. ordonnance de police du 19 oct. 1839.)

L'art. 9 de la loi du 10 décembre 1830 a abrogé l'art. 290 du Code pénal. Les afficheurs ne sont plus soumis à l'autorisation de la police; leur profession, toutefois, n'est pas devenue une profession absolument libre; quiconque veut l'exercer, même temporairement, est tenu d'en faire préalablement la déclaration devant l'autorité municipale, et d'indiquer son domicile. (Voy. L. 10 déc. 1830, art. 1.)

Les affiches d'actes émanés de l'autorité publique sont seules imprimées sur un papier ordinaire; les affiches des particuliers doivent être imprimées sur papier de couleur. (Voy. L. 22-28 juillet 1791.)

La désignation des lieux pour l'apposition des affiches des lois et des actes de l'autorité publique, doit être faite par un ar-

Digitized by Google

rêté municipal régulièrement publié ; et nul citoyen ne peut, sous peine d'une amende de 100 livres à prononcer par voie de police, apposer des affiches particulières en ces endroits. (Voy. L. 18-22 mai 1791, art. 11.)

On peut choisir soit la mairie, soit tout autre local disponible, pour y afficher les actes de l'autorité publique ; et dans les communes où il n'existe pas de bâtiment affecté à la mairie, on a la ressource de faire, au besoin, élever à peu de frais, sur la place même de l'église, un poteau ou pilier pour supporter un tableau destiné à recevoir les affiches.

« En règle générale, les affiches ne doivent pas être apposées « sur les murs et les portes des églises. Elles occasionnent des « dégradations qu'il importe de prévenir dans l'intérêt des édi- « fices religieux et des fabriques chargées de leur entretien ; « elles entravent la circulation par les rassemblements et les at- « troupements de personnes qu'elles attirent ; enfin, elles don- « nent lieu à des conversations bruyantes, à des discussions plus « ou moins vives, qui troublent le prêtre et les fidèles dans l'exer- « cice du culte. Il en résulte même quelquefois des désordres qui « portent atteinte au principe de la liberté des cultes, que la con- « stitution garantit à tous les citoyens. » (Voy. circulaire du min. instr. publ. et des cultes du 25 juin 1850.)

Ce n'est pas là cependant une règle sans exceptions. Aux termes des art. 6, 16, et 21 de la loi du 3 mai 1841, « les actes « relatifs à l'expropriation pour cause d'utilité publique, doivent « être affichés à la principale porte de l'église. L'art. 6 du dé- « cret du 7 août 1848 prescrit, aussi, d'afficher sur la porte de « l'église la liste des jurés pour chaque commune. » (Voy. *ibid.*)

Dans la loi du 10 décembre 1830, la prohibition d'afficher tout écrit ayant trait à la politique est absolue ; mais la loi ne dit rien des affiches politiques, et, au premier coup d'œil, il semblerait rationnel d'en conclure que la liberté à cet égard, ne comporte ni restrictions ni entraves. Cependant, peut-on induire du silence du législateur que son intention a été de soustraire cet objet particulier à l'action du pouvoir de police dans la commune ? Nous avons peine à le croire. La loi du 10 décembre 1830 n'a pas été rédigée en vue de favoriser et d'étendre le droit d'afficher ; et pour rester fidèle à l'esprit dans lequel elle a été votée, il faut dire que tout ce qu'elle a laissé en dehors de la prohibition qu'elle consacre, est resté abandonné à l'empire

Digitized by Google

des règles constitutives de la police municipale. La Cour de cassation décide en ce sens, que la loi du 10 décembre ne concernant que les affiches politiques, le maire est en droit de prescrire les mesures qu'il juge convenables pour les autres affiches [1], et, par exemple, de soumettre l'affichage à la condition d'une permission ou d'un simple *visa* [2] à obtenir, et de faire une obligation de n'employer que les afficheurs publics. (Voy. arrêt 13 février 1844.)

La protection, le maintien de la tranquillité publique est l'objet du pouvoir de police dans le paragraphe de la loi de 1790 que nous examinons; et du moment qu'un arrêté municipal a cet objet, il faut le tenir pour légal et obligatoire. Prenons garde cependant; il ne suffit pas au maire d'énoncer dans l'arrêté, que son objet est bien défini par la loi, il est de l'office du juge d'apprécier le but et la portée de la mesure sous ce rapport. D'un autre côté, il est essentiel de remarquer que dans l'esprit qui a dicté l'attribution donnée au magistrat municipal, l'exercice du pouvoir de police ne doit se produire qu'en vue des faits de nature à compromettre l'ordre et la paix dans la commune, et que les actes de ce pouvoir ne doivent pas être empreints d'un caractère de généralité qui ne permettrait pas de distinguer à quelles prévisions ils répondent. Cette observation m'est suggérée par la jurisprudence. La Cour de cassation s'est constamment refusée à reconnaître aux maires le droit d'astreindre les personnes qui voudraient venir habiter une commune ou qui voudraient la quitter à l'obligation d'en faire la déclaration au bureau de la mairie [3]. (Voy. arrêts des 1er août 1845 et 8 octobre 1846.) Elle ne voit dans les mesures de ce genre, rien qui se rapporte à aucun des objets confiés à l'autorité municipale, et c'est par ce motif qu'elle les considère comme illégales; elle entend donc que toute restriction apportée à la liberté individuelle soit justifiée par la nécessité de prévenir un mal certain, défini. Et c'est

[1] A l'exception, bien entendu, des affiches faites en vertu de décisions judiciaires. (Voy. arrêt 9 août 1838.)

[2] Le simple *visa* est ordinairement exigé pour les affiches de spectacle.

[3] La Cour de cassation juge également que le maire ne peut défendre aux habitants de recevoir et prendre à leur service des domestiques qui ne seraient pas pourvus d'un livret délivré par la mairie. L'arrêté qui renferme une semblable défense ne trouve de base ni dans l'art. 3 du tit. 11 de la loi de 1790, ni dans aucune autre disposition législative. (Voy. arrêt 9 novembre 1843.)

Digitized by Google

qu'en effet, l'exercice du pouvoir de police une fois dégagé de cette condition, il ne serait plus circonscrit dans aucunes limites.

L'art. 3, tit. XI de la loi du 24 août 1790 met dans les dépendances du domaine de ce pouvoir :

« 3° Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait « de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, mar- « chés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, « cafés, églises et autres lieux publics. »

Les foires et marchés feront dans la suite de notre travail, le sujet d'un chapitre spécial ; nous n'avons à en faire mention ici qu'au point de vue de l'attribution écrite dans la disposition que nous venons de reproduire.

La police des foires et marchés appartient au maire ; en conséquence, il fixe l'heure à laquelle ils s'ouvrent et l'heure à laquelle ils se ferment ; il assigne la place que les diverses marchandises doivent occuper; il détermine les dimensions des boutiques et étaux.

Les lieux où se font des ventes à l'encan étant ouverts au public, on doit, pour la police, les assimiler aux marchés. D'où, pour le maire, le droit et le devoir d'y maintenir le bon ordre et d'arrêter, par exemple, que les ventes aux enchères et au rabais ne pourront, sous aucun prétexte, être faites ou continuées à la lumière, et qu'elles n'auront lieu qu'en plein jour. (Voy. arrêt 16 oct. 1847.)

Est-il dans le droit du maire, 1° d'interdire à tous ceux qui n'achètent que pour revendre, de se présenter au marché avant une certaine heure ; 2° de défendre de vendre ou d'acheter dans la commune, partout ailleurs qu'au marché, les denrées au commerce desquels il est affecté ?

La première question n'a jamais soulevé une bien vive discussion. Les auteurs sont assez généralement partis de l'idée que la principale destination des marchés était d'assurer l'approvisionnement de la ville dans laquelle ils sont établis, pour arriver à reconnaître à l'autorité locale le droit de faire en sorte que les habitants puissent jouir des avantages du marché, de préférence aux spéculateurs. La Cour de cassation elle-même n'a jamais fait difficulté de rattacher au maintien du bon ordre dans les marchés et de déclarer légale et obligatoire toute prohibition faite pour faciliter aux habitants en général, ou aux classes indigentes

Digitized by Google

en particulier, les moyens de s'approvisionner, aux meuniers, blatiers, boulangers, fruitiers, aubergistes, d'acheter pendant les premières heures de l'ouverture du marché. (Voy. entre autres, arrêts des 23 avril 1841, 27 nov. 1841.)

Quant à la défense de vendre ailleurs qu'au marché, « il y aurait « excès de pouvoir à obliger les marchands patentés et domici- « liés dans la commune, à sortir de leurs boutiques pour appor- « ter leurs marchandises au marché. Aux termes de l'art. 7 de la « loi du 2 mars 1791, il est libre, en effet, à toute personne de « faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier « qu'elle trouvera bon ; or, interdire la vente en boutique, c'est « interdire le commerce sédentaire, le plus favorable de tous. » (Voy. M. Trolley, t. I, p. 493.)

Je ne me sens pas mieux disposé à concéder au maire le droit de défendre au producteur de vendre ses denrées à domicile. Le législateur dans le § 3, aussi bien que dans le § 5 de l'art. 3 du titre XI de la loi du 24 août 1790, ne s'est occupé que des ventes publiques. Les marchands et ceux qui apportent des denrées pour les offrir aux acheteurs, voilà les vendeurs qui tombent sous la surveillance de l'autorité locale, voilà les vendeurs qu'il importe de contraindre à venir dans un lieu déterminé, pour y subir le contrôle auquel ils sont soumis. Mais en quoi le bon ordre peut-il être intéressé à ce qu'on empêche un acheteur de se rendre chez un propriétaire ou un fabricant, et là, sur la foi que lui inspire une probité ou une habileté éprouvées, de traiter pour les denrées ou les marchandises qui remplissent le grenier, la cave ou les magasins ? Se retranchera-t-on dans l'obligation imposée au maire de surveiller la fidélité du *débit ?* On le tenterait vainement ; cette obligation n'a trait qu'au débit qui se fait sous les yeux et comme sous la protection de l'autorité. La distinction se rencontre dans la loi elle-même, car en appelant l'inspection du maire sur la salubrité des comestibles, elle prend soin de dire : *des comestibles exposés en vente publique.*

Mais si je demande liberté et pleine indépendance pour tout ce qui peut se traiter sous le toit et autour du foyer domestique, je n'hésite point à étendre le droit de police du maire à tout ce qui se fait au dehors, et, notamment, à l'autoriser à interdire de vendre ou acheter ailleurs qu'au marché les denrées apportées pour la vente dans la commune. (Voy. en ce sens arrêts 4 févr. 1820, 8 déc. 1827 et 8 sept. 1837.) « Autrement

Digitized by Google

« plus de marché, plus de police ; chaque rue, chaque place, « chaque cabaret devient un marché ou une succursale de « marché, et comme il est impossible, même à la police, de se « trouver partout, en même temps, elle ne peut maintenir le « bon ordre, ni surveiller la fidélité du débit et la salubrité des « comestibles. » (Voy. M. Trolley, t. I, p. 493.)

La mission de pourvoir au maintien du bon ordre implique, pour l'autorité municipale, le pouvoir de réglementer les professions de nature à s'exercer pour le service du public, dans tous les lieux où il se fait de grands rassemblements. De là, pour cette autorité, le droit de n'admettre que des individus commissionnés par elle à faire le service de portefaix, pour le chargement ou le déchargement des marchandises sur les ports (Voy. arrêt 27 nov. 1841) ; celui de baigneurs aux bains de mer, celui de porteurs dans les établissements thermaux (Voy. arrêt 24 janvier 1840) ; celui de commissionnaires sur les places et marchés, et de les soumettre à une police particulière. De là aussi, pour elle, le droit d'obliger, par des prescriptions rigoureuses, le public à ne faire emploi que des personnes qu'elle a instituées. (Voy. arrêts précités des 27 nov. 1841 et 24 janv. 1840.)

Le même principe serait évidemment applicable au pesage et au mesurage dans les foires et marchés; mais le législateur qui, nous l'avons vu, n'abandonne jamais au pouvoir réglementaire que ce qu'il dédaigne ou ce qu'il est dans l'impossibilité de faire lui-même, a étendu ses prévisions sur ce point. Les fonctions de peseur, mesureur et jaugeur sont régies par un arrêté du 7 brumaire an IX, et par la loi du 29 floréal an X. Le maire est, par conséquent, lié par les dispositions d'une autorité supérieure. Il ne saurait user du pouvoir qui lui est propre, que pour assurer l'application des prescriptions de la loi spéciale. Tout arrêté de sa part doit donc, pour être légal et obligatoire, ne statuer que dans l'esprit qui a dicté les règles tracées par le législateur. La Cour de cassation a refusé la sanction judiciaire à un arrêté du maire de Tarascon portant défense à toute personne non attachée au service des bureaux de pesage et de mesurage de peser et de mesurer *dans l'intérieur et les faubourgs de la ville jusqu'aux limites de l'octroi inclusivement* : elle a considéré que « cet arrêté, en comprenant l'enceinte tout entière « de la ville et des faubourgs dans des prohibitions que l'arrêté « du 7 brumaire an IX ne permettait d'appliquer qu'à l'enceinte

Digitized by Google

« des marchés, halles et ports, avait donné à cette loi fonda-« mentale une extension dont elle n'était pas susceptible, et « se trouvait ainsi en opposition avec elle [1]. » (Voyez arrêt 7 nov. 1851.)

Les fêtes, réjouissances et cérémonies publiques sont signalées à la surveillance du maire. Son premier devoir est de ménager à la foule des voies d'écoulement faciles, d'interdire ou de régler la circulation des voitures, et, en un mot, de prévenir par de sages précautions tous les accidents que peut entraîner une trop grande affluence de la population. L'intérêt public réclame si impérieusement le maintien de l'ordre dans de semblables circonstances, que la légalité des mesures prises dans ce but n'est jamais contestée. La jurisprudence ne nous fournit aucune décision qui mérite d'être relevée.

La vigilance, la protection de la police municipale a mission de suivre les habitants au *spectacle*, comme dans tous les autres lieux ouverts au public. Et le spectacle, dans le sens de la loi de 1790, ce n'est pas seulement le théâtre ; la dénomination de spectacle comprend les petits théâtres, tous les cabinets de curiosités, machines, figures, animaux, toutes les joutes et jeux; le spectacle, c'est tout ce qui peut piquer la curiosité, tout ce qui s'adresse à l'œil ou à l'ouïe.

Pour se faire une idée bien exacte des pouvoirs de l'autorité municipale en cette matière, il est essentiel de ne pas confondre l'autorisation à obtenir pour donner un spectacle, non plus que

[1] Le point de droit est d'ailleurs établi dans un premier motif qui est ainsi conçu :

« Attendu que, si la loi des 16-24 août 1790 attribue à l'autorité des corps « municipaux le droit de faire des règlements pour le maintien du bon ordre « dans les foires, marchés et autres lieux publics, cette disposition ne peut « s'appliquer aux objets sur lesquels il a été statué par des lois spéciales; — « attendu que l'arrêté du 7 brumaire an IX défend, par son art. 4, à toutes « personnes autres que les employés de l'administration d'exercer les fonc-« tions de peseur, mesureur et jaugeur, mais seulement dans l'enceinte des « marchés, halles et ports; — attendu que l'art. 1 de la loi du 29 floréal « an X déclare en outre qu'on ne sera contraint de recourir au ministère des « peseurs, mesureurs et jaugeurs publics qu'en cas de contestation; — « attendu qu'il résulte du rapprochement et de la combinaison des disposi-« tions précitées que, hors des marchés, halles et ports, il n'est pas interdit « aux simples citoyens d'exercer la profession de peseur, mesureur ou jau-« geur, pourvu qu'ils se conforment, quant à la régularité des instruments « par eux employés, aux lois et règlements sur les poids et mesures. »

Digitized by Google

l'approbation préalable exigée pour les pièces de théâtre, avec les autres mesures d'ordre.

En raison même de leur destination, qui est d'attirer un grand concours de citoyens, et de les tenir rassemblés sous le coup des émotions les plus vives, les spectacles font inévitablement courir des dangers à l'ordre dans la cité. Mais ce n'est pas seulement la paix et le repos de la commune, c'est l'ordre social lui-même qui peut être menacé, sinon par tous les genres de spectacles, au moins par les représentations dramatiques, dont le propre est de s'armer, pour réveiller et exciter les passions, du prestige de la littérature, de la peinture, de la déclamation et de tous les arts réunis. « Il n'est personne, » disait M. Monet, le rapporteur sur la proposition qui a donné naissance à la loi du 30 juillet 1850, « qui ne se préoccupe de l'influence qu'exercent « les théâtres sur les sociétés modernes et de la puissance avec « laquelle ils peuvent agir sur les mœurs, l'opinion et l'esprit « publics. Multipliés en nombre toujours croissant dans les « grandes villes, ouverts à des troupes sédentaires ou nomades, « dans les cités moins importantes, ils peuvent, s'ils sont conve- « nablement dirigés, former le goût, les idées, le cœur des « nombreuses personnes qui les fréquentent chaque jour; mais « ils peuvent aussi les pervertir, si leur direction est mauvaise. » Le législateur de 1790 ne pouvait pas méconnaître que la surveillance sur les spectacles ne devait pas seulement s'exercer dans l'intérêt de l'ordre local, mais aussi et d'abord, dans l'intérêt de l'ordre général; et c'est là sans doute, ce qui l'a mené à faire du droit d'autoriser les spectacles publics, l'objet d'une attribution spéciale. Cette attribution est réglée dans la loi des 16-24 août 1790 par l'article 4 du titre XI qui la confie, comme l'attribution générale écrite dans le § 3 de l'art. 3, aux officiers municipaux, aujourd'hui le maire.

Sous le consulat, on avait compris que la société voulait pour ses intérêts les plus élevés d'autres et de plus sûres garanties. Le décret concernant les théâtres, du 8 juin 1806, reprit l'attribution, la réserva au chef de l'État pour Paris, et la donna au préfet pour les autres villes. (Voy. art. 1 et 7.) L'abrogation de la loi de 1790, en ce point, est formelle. Il faut remarquer, néanmoins, que le décret de 1806 établit une distinction entre les *théâtres* et les *spectacles de curiosités* [1], et qu'il n'assujettit que

[1] L'art. 15 du décret de 1806 est ainsi conçu :

Digitized by Google

les théâtres à la nécessité de l'autorisation du chef de l'État ou du préfet. (Voy. art. 1, 7 et 15.) Il en résulte que, pour les spectacles de curiosités, tels que les funambules, les polichinelles, les oiseaux, les chiens savants et tout ce qu'on entend, dans le langage usuel, par *petits théâtres*, l'art. 4 de la loi de 1790 est resté en vigueur, et que l'autorisation est donnée par le maire [1].

Dans plus d'une localité, les maires ne se contentent même pas de la part qui leur a été laissée. Non-seulement ils se dispensent d'en référer aux préfets, lorsqu'il s'agit d'autoriser de véritables représentations théâtrales, mais ils ne s'inquiètent point de vérifier si les troupes qui en appellent à leur tolérance sont elles-mêmes autorisées [2]. « Le désir de satisfaire au goût des « populations les porte souvent à permettre que des troupes « nomades viennent avec un répertoire qui n'a été soumis à « aucun contrôle, aux époques les plus productives de l'année « et pendant l'absence des directeurs autorisés qui suivent leurs « itinéraires, prélever, au détriment de ceux-ci, une partie des « sommes que le public consacre à ce genre de plaisirs. » (Voy. circulaire du min. de l'intérieur du 1er nov. 1841.) Ce sont là des tendances contraires à la loi et auxquelles le gouvernement est toujours maître de résister.

La loi de 1790, en dehors de ce qui avait trait à l'autorisation des spectacles, ne s'était en aucune façon inquiétée d'organiser le pouvoir donné aux magistrats municipaux pour la police des spectacles. La généralité des termes qui le constituaient faisait

« Les spectacles de curiosités seront soumis à des règlements particuliers « et ne porteront plus le titre de théâtres. »

[1] Il en était autrement d'après la loi du 9 septembre 1835. Elle disait qu'il ne pourrait s'établir aucun théâtre ni spectacle sans l'autorisation du ministre ou des préfets. Le gouvernement avait insisté pour qu'on atteignît les spectacles dans la crainte que des entrepreneurs de simples spectacles de curiosités ne parvinssent à convertir peu à peu leurs établissements en véritables théâtres. Mais en fait, il n'a jamais retiré aux maires la faculté d'autoriser ces sortes de spectacles.

Je n'ai point ici à faire mention de la loi du 9 septembre 1835, parce qu'elle a été abrogée par le décret du 6 mars 1848; et qu'aux termes mêmes de l'art. 2 de ce décret, qui a remis en vigueur les lois antérieures, ce n'est que dans le décret de 1806 qu'il faut chercher les règles de la matière.

[2] Le décret de 1806 et, plus tard, une ordonnance du 8 décembre 1824, ont établi en principe qu'aucune troupe ne peut exister qu'en vertu d'une autorisation du ministre de l'intérieur et sous la conduite d'un directeur nommé par lui.

Digitized by Google

donc de ce pouvoir un pouvoir absolu, un pouvoir essentiellement indépendant et libre. En 1791, le législateur, égaré par les idées révolutionnaires, revint sur les principes posés l'année précédente, et la loi du 19 janvier fit notamment défense aux officiers municipaux d'arrêter ou défendre la représentation d'aucune pièce, sauf la responsabilité des auteurs ou comédiens. (Voy. art. 6.) Mais les effets ne tardèrent pas à se manifester, et dès le mois de janvier 1793, le pouvoir exécutif se voyait forcé de prohiber des pièces qui avaient occasionné des troubles : le 31 mars de la même année, on défendait à Paris la représentation de *Mérope*, par des motifs politiques. Trois ans plus tard, le mal était devenu si grand, qu'il fallut prendre des mesures pour en arrêter les progrès. Le directoire exécutif émit, le 25 pluviôse an IV, un arrêté pour recommander aux municipalités de tenir sévèrement la main à l'exécution des lois et règlements de police sur le fait des spectacles, notamment des lois rendues les 16-24 août 1790, 2 et 14 août 1793 [1] ; et *en conséquence* de veiller à ce qu'il ne fût représenté sur les théâtres établis dans les communes, aucune pièce dont le contenu pût servir de prétexte à la malveillance, et d'occasionner du désordre, et d'arrêter la représentation de toutes celles par lesquelles l'ordre public aurait été troublé d'une manière quelconque. (Voy. art. 1er.) L'art. 2 renouvelait, d'ailleurs, l'injonction aux administrations municipales de faire fermer les théâtres sur lesquels seraient représentées des pièces tendant à dépraver l'esprit public et à réveiller a honteuse superstition de la royauté.

Ainsi, dès l'origine, l'action du pouvoir de police remis aux magistrats municipaux fut dégagée de toute entrave, et elle eut pour double but de maintenir l'ordre dans la cité et de protéger la morale publique.

On sait ce qui advint de la direction confiée aux municipalités. Le dévergondage de la scène française fit bientôt sentir la nécessité de ménager au gouvernement un contrôle à exercer

[1] Le décret du 2 août portait que les tragédies de *Brutus*, *Guillaume Tell*, *Caïus Gracchus* seraient représentées trois fois la semaine sur les théâtres de Paris, et que tout théâtre sur lequel on représenterait des pièces tendant à dépraver l'esprit public et à réveiller la honteuse superstition de la royauté, serait fermé. Le décret du 14 août autorisait les conseils des communes à diriger les spectacles et à y faire représenter les pièces les plus propres à former l'esprit public et à développer l'énergie républicaine !

Digitized by Google

dans l'intérêt des mœurs. Le décret du 8 juin 1806 disposa qu'aucune pièce ne pourrait être jouée sans l'autorisation du ministre de la police; et ce fut la base de l'institution de la censure, qui resta en vigueur sous l'Empire et la Restauration.

Après la révolution de 1830, le gouvernement, qui avait dû céder aux préventions que la censure avait laissées dans les esprits, se trouva bientôt réduit à venir de nouveau demander des armes à la loi. En 1835, les Chambres décrétèrent que nulle pièce ne pourrait être représentée sans l'autorisation du ministre, à Paris, et du préfet, dans les départements. Un article spécial portait qu'il serait pourvu à l'exécution de la disposition par un règlement, et que ce règlement serait converti en loi dans le cours de 1837.

Le règlement, ni la loi dont pouvait, sans doute, sortir la censure, ne sont jamais venus. Une commission instituée au ministère de l'intérieur pour donner son avis sur les pièces soumises à l'examen du ministre, s'est acquittée, durant dix années, de cette tâche avec zèle, exactitude et habileté, et l'expérience a montré qu'il n'y avait pas à chercher une meilleure organisation pour le principe de l'autorisation préalable.

En 1848, le décret du 6 mars, dont l'objet était l'affranchissement de la presse, abrogea la loi de 1835, et les dispositions relatives aux représentations théâtrales furent emportées avec la loi dans laquelle elles avaient pris place. Les suites furent les mêmes : la force des choses ramena le gouvernement devant le pouvoir législatif; et l'obligation de l'autorisation, rétablie, temporairement d'abord, par les lois des 30 juillet 1850 et 30 juillet 1851, fut définitivement consacrée par un décret du 30 décembre 1852.

Cet exposé était nécessaire pour faire comprendre que le droit conféré au gouvernement n'est point exclusif du droit de police municipale, qui a sa source dans le § 3 de l'art. 3, tit. XI, de la loi des 16-24 août 1790.

Nul ouvrage dramatique ne peut être représenté s'il n'a été autorisé par le ministre, pour Paris, et par le préfet, pour les départements. Le ministre et le préfet sont, d'ailleurs, toujours maîtres de retirer l'autorisation. Le maire, à cet égard, est lié; son devoir, et son devoir étroit, est de concourir à l'application de la loi en empêchant la représentation de toute pièce non autorisée. Mais le contrôle réservé au gouvernement n'apporte

Digitized by Google

aucun obstacle à l'action du pouvoir attribué au maire par la loi de 1790, et défini par l'arrêté du 25 pluviôse an IV. Le ministre ou le préfet examine et apprécie la pièce au point de vue de l'ordre public, dans sa plus large et sa plus haute acception; il l'examine et l'apprécie dans ses rapports avec les exigences de la morale et de la politique. Il reste au maire à l'examiner et à l'apprécier au point de vue de l'ordre local; il lui reste à examiner et à apprécier les conséquences que peut entraîner la représentation, eu égard aux circonstances particulières de temps et de lieu. Et dans son examen et dans son appréciation, il n'a rien à sacrifier de la liberté et de l'indépendance qui sont de l'essence du pouvoir de police.

La légalité et la force obligatoire des arrêtés municipaux ne sauraient donc être contestées, soit qu'ils aient pour but d'assurer l'exécution de la loi qui exige l'autorisation préalable, soit qu'ils n'aient d'autre objet que de garantir la tranquillité et la paix de la commune. Les plus ordinaires fixent l'heure pour l'ouverture et la clôture du spectacle, et prescrivent les mesures de précaution pour l'entrée et la sortie. La police intérieure de la salle n'est également que du ressort du maire; c'est lui qui la réglemente. Rien ne l'empêche non plus d'exiger que le directeur dépose à la mairie le répertoire des pièces qu'il se propose de faire représenter chaque semaine, et le mette ainsi à même d'interdire avant l'affiche les pièces qui, en raison, par exemple, des usages, des sentiments propres à la contrée, lui paraîtraient devoir être une occasion de trouble; et cela sans préjudice du droit d'empêcher ou d'arrêter toute représentation devant une imminence de désordre.

DUFOUR,

Avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN SUR LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

Par M. Aubépin, docteur en droit, substitut au Blanc (Indre).

(*Suite* [1].)

CHAPITRE V.

Dumoulin considéré comme jurisconsulte. — Unité de législation.

I. — *Les chartes et les coutumes avant le* XIII*e siècle.* — Dumoulin a imprimé aux théories juridiques un mouvement analogue à celui qu'il a opéré dans la sphère politique. Le jurisconsulte se laisse diriger par les principes qui ont guidé le légiste : si l'un veut établir l'unité dans le pouvoir, détruire les divisions qui partagent le monde social à son époque, et réunir tous les membres de l'État sous une même autorité, l'autre tend à établir l'unité dans la législation, à fondre ensemble les éléments divers qui se partagent le monde juridique de son temps, à réunir enfin les législations partielles qui gouvernent la France dans une loi unique, dans une loi nationale.

De tous les éléments de la civilisation, il n'en est point qui soit plus intimement lié que la législation aux conditions d'existence du pouvoir et aux principes qui lui servent de base. Les lois d'un peuple sont l'image fidèle de son état social et de ses mœurs ; appelées à régler les rapports journaliers des hommes entre eux et des hommes avec le pouvoir, elles reflètent nécessairement la nature de ces rapports. Dans un pays où le pouvoir est faible, divisé, presque anéanti, où domine l'arbitraire des volontés individuelles, où dès lors les relations des hommes entre eux et des hommes avec le pouvoir sont rares et contraintes, la législation manque de force et de précision. Le hasard et la violence qui çà et là font le pouvoir, font aussi la loi ; que servirait d'ailleurs à une nation profondément divisée l'unité de législation ? Où serait la volonté assez puissante pour s'imposer aux volontés individuelles et les dominer ?

Dans un État, au contraire, où le pouvoir sera fort par son

[1] V. t. IV, p. 27.

Digitized by Google

unité, l'ordre présidera aux rapports publics et privés, la sécurité les protégera, et l'état social alors aura besoin d'une règle uniforme, reconnue de tous, qui assure la stabilité de ses relations et en confirme les résultats. Comprendrait-on une législation unique en France, au milieu de la société féodale du xe siècle, ou bien au sein de la civilisation moderne, une législation multiple, se divisant sur le territoire à l'infini?

L'unité de législation est, de toutes les conquêtes préparées par la royauté française à l'ère moderne, celle qui s'est opérée le plus lentement et le plus laborieusement. A partir du xie siècle, époque où les premières lueurs de cette lumière commencent à poindre, on peut jusqu'à nos jours compter les phases de ce travail par les siècles qui se succèdent.

La féodalité, puissance éminemment locale, avait substitué au système de législation personnelle, qui était le caractère distinctif des lois germaniques, un système de législation territoriale. La loi variait avec l'usage des pays, on l'appelait *coutume,* on ne pouvait mieux la nommer; ce qu'on avait accoutumé de faire dans chaque pays, y constituait la législation, législation multiple comme sont les mœurs, capricieuse comme sont les habitudes.

La coutume, dans le moyen âge, exerce un empire remarquable. En l'absence d'une loi monumentée, tout est coutume. Coutumes, les redevances qu'on paie au seigneur féodal, *coustuma bladi, doliorum, fili, lanæ.....*; coutumes, les services féodaux qu'on lui rend, *omnes consuetudines.... nominatim chevaucheiam nostram et exercitum nostrum....*; coutumes aussi, les impôts dont le roi frappe ses domaines, *promisit cum juramento ut leges consuetudinesque novas populo non infligeret* [1]. C'est encore de ce nom que l'Église désigne les offrandes qu'elle reçoit des fidèles à des jours fixes ou dans des circonstances déterminées, *consuetudo parochialis, videlicet annualibus, decimis, sepulturis.* La règle monastique est une coutume, *cluniacenses consuetudines;* la pratique judiciaire reçoit aussi cette appellation, *judiciaria consuetudo* [2]; enfin, les règlements des corps de métiers l'adoptent à leur tour, et l'on rencontre à Paris les coutumes des *marchands*

[1] Ducange, vo *Consuetudo.* — Dans une charte de 1208, Philippe-Auguste remet à la commune de Compiègne, *consuetudinem piscium et salis.*

[2] Ducange, vo *Consuetudo.* On trouve aussi *consuetudines episcopales,.... decani, archidiaconi....*

Digitized by Google

de l'eau[1]. Par une conséquence logique, ceux qui vivent sous l'empire de la coutume féodale, sont les coutumiers du seigneur, *consuetudinarii*[2].

On s'imagine aisément ce que fut cette coutume, tant que dura la domination exclusive du régime féodal; l'arbitraire abrogea souvent ce que l'arbitraire avait créé, et plus d'un baron de l'époque mérita des chroniques, comme le comte de Guisnes, le titre honteux de voleur de ses sujets, *in suis prædonem*[3]. Néanmoins, l'usage acquit insensiblement, au milieu de ce chaos, une autorité chaque jour plus forte; tout comprimés qu'ils étaient sous la loi du seigneur, les rapports sociaux engendraient des droits et des devoirs journaliers, dont la coutume fixait peu à peu les limites; quelque arbitraires qu'elles fussent, les relations du seigneur avec ses coutumiers tendaient forcément à se préciser dans des obligations déterminées. L'autorité du passé devint bientôt un point de résistance contre les exactions de l'avenir. A Beauvais, par exemple, en 1099, lorsque le chapitre veut imposer aux bourgeois des vexations jusqu'alors inconnues, que répondent ceux-ci ? « Sous quatre évêques, avant l'évêque Ansel, *nous avons joui de ces coutumes*, et lui-même les a ainsi accordées[4]. »

D'un autre côté, la royauté donne, dès le XIe siècle, le signal de l'affranchissement dans ses domaines; à Orléans, à Etampes, à Lorris, à Bourges, partout, elle efface au front de ses sujets l'empreinte de l'esclavage féodal; et, lorsque la conquête vient ajouter une nouvelle province à ses États, elle se fait elle-même la protectrice de ses traditions et conserve religieusement ses anciennes coutumes[5].

Aussi, quand le XIIe siècle voit surgir le mouvement communal, d'une part, la royauté répand à pleines mains les conces-

[1] Ducange, vo *Consuetudo*. — Raynouard, *Histoire du droit municipal*, liv. IV, ch. I, § 9.

[2] Ducange, *ibid.* — Charte de Guillaume VIII, d'Aquitaine. « De cetero vilam liberam concedo eo tenore, ut deinceps nullum *consuetudinarium* « meum recipiant. » — Ducange, vo *Consuetudinarius*. — « Ritualis liber in « quo *consuetudines* rituales et monasticæ exaratæ sunt. »

[3] Raynouard, *loc. cit.*, liv. IV, ch. IV.

[4] Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. IV, *Preuves*, § 4.

[5] Guizot, *loc. cit.*, ib., § 1. — Raynal, *Histoire du Berry*, liv. IV, ch. IV. — Philippe I, quand il acquit le Gâtinois, y conserva les anciennes coutumes. (Aimoin, liv. V, ch. XLVII.) — Il fit de même quand il acheta du vicomte

Digitized by Google

sions d'affranchissement ; de l'autre, elle intervient entre les seigneurs et les bourgeois réunis en communes contre l'ennemi public, et les parties belligérantes sous ses auspices concluent un pacte, comme on fait un traité à l'issue d'un différend. Telle fut la double origine des *chartes* [1].

Le mouvement toutefois ne suit pas toujours cette marche logique : ici un évêque, animé de l'esprit de paix, octroie une charte à ses sujets [2] ; ailleurs, près de voler à la guerre sainte, un seigneur appelle sur ses armes la protection divine, en rendant la liberté aux manants de son domaine [3]. Enfin les serfs des campagnes, qui gémissent sous la plus dure oppression, tantôt se réunissent en communes ou en paroisses, à l'image des bourgeois, et soutenus par le clergé, demandent aux armes leur affranchissement ; tantôt implorent l'assistance du roi qui les délivre de la tyrannie seigneuriale ; tantôt doivent au mouvement religieux des croisades une liberté qu'ils n'ont pu obtenir ni de la force, ni du roi [4].

Quelle que soit leur origine, les *chartes* ouvrent presque partout la voie aux *coutumes*. Jusque-là les bourgeois et les serfs n'avaient joui de la vie civile que d'une manière restreinte, lorsqu'ils n'en avaient pas été complétement privés. Les chartes ne contiennent

Herpin la vicomté de Bourges. (La Thaumassière, *Cout. locales du Berry*, n° 68.) Philippe II suit la même conduite à l'égard de la Normandie :

. . . . . ne se peregrinis
Consuetudinibus arctari fortè querantur,
Judicia et leges non abrogat, imò tenenda
Omnia confirmat generaliter, hactenùs illis
Observata. . . . . (Philippide, lib. VIII.)

— Voy. aussi dans les *Olim* (édit. Beugnot, t. I, p. 978), une enquête de Philippe-Auguste, *quæ jura reges Angliæ habuerunt in Normanniâ adversùs clerum.*

[1] Guizot, *loc. cit.*, t. IV, 17e leçon, et *Preuves*, § 4.

[2] Varin, *Archives administratives de la ville de Rheims*, t. I, p. 417. — Charte de Guillaume, archevêque de Rheims, de 1182, *quâ remensibus burgentibus restituit et confirmat consuetudines antiquas ibi declaratas.* Elle est connue sous le nom de *Willelmina.* — V. aussi les chartes qui suivirent la Willelmine : en 1191, *Carta libertatum et consuetudinum hominum et habitantium in villâ de Thuisy* (*loc. cit.*, p. 429) ; en 1194, *Consuetudines antiquæ hominum de Châlon* (*loc. cit.*, II, 719).

[3] Charte d'Eudes d'Issoudun. (Raynal, *loc. cit.*, t. II, p. 556, ann. 1190.)

[4] Raynouard, *loc. cit.*, liv. IV, ch. IV. — Beaumanoir, ch. XLV. — La Thaumassière, *Coutumes locales*, p. 114, 122, 141 et 142.

Digitized by Google

d'ordinaire que le principe de l'affranchissement. La mainmorte est abolie, les coutumiers ne seront plus taillables ni corvéables à merci, la liberté des mariages est rétablie, les personnes et les biens sont délivrés de l'oppression féodale, enfin désormais la commune aura son administration propre et sa justice indépendante, ici l'échevinage, ailleurs le parloir des bourgeois[1]. Le principe ainsi posé sera organisé et développé par les coutumes.

II. — *Les coutumes au* XIIIe *siècle et au* XIVe. — Une fois livré à son essor, le mouvement coutumier suivit partout à peu près la même marche. La coutume, confiée d'abord à la mémoire des coutumiers, acquit plus de certitude et de précision à mesure que le temps donna aux décisions des Cours de justice communales plus d'ensemble et d'autorité. Puis, à la fin du XIIIe siècle et dans le XIVe, cette jurisprudence coutumière fut coordonnée par les praticiens, dans des livres qui prirent souvent le nom même de la coutume et en remplirent l'office, en attendant qu'ils servissent d'éléments, au XVe siècle, à la réformation de Charles VII.

Ainsi fut-il à Rheims notamment. En 1182, la *Willelmine* rend à l'échevinage de Rheims son indépendance passée; dès 1248, les échevins ont une jurisprudence dont on peut suivre, jusqu'en 1330, le laborieux enfantement; à cette époque, ils cèdent la place au bailliage qui continue leur œuvre. Vers le même temps aussi, cette jurisprudence est déposée dans des actes publics qui en assurent la perpétuité; ce sont d'abord les *plaids de l'échevinage de Reims*, ce seront plus tard les *plaids en baillie et en prévôté*[2]. De 1248 à 1330, on peut voir se former lentement les principes qui serviront un jour de base à la coutume de Rheims; la mainbournie, le plège, la communauté, les successions, les partages, les servitudes, le louage, s'élèvent peu à peu, sous l'égide des échevins et du temps, à la hauteur d'institutions coutumières; peu à peu les obscurités se dissipent et les règles se précisent[3]. Mais, il faut bien le remarquer, dans cette première période, le droit ne se produit que sous les dehors du fait; c'est en fait que prononcent les échevins, jamais en droit. « Robinés li Tripiers

[1] Charte de Laon, art. 1, 2, 3, 4, 6 à 13, 14, 15. — Charte de Lorris, art. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 11 à 23, etc. (Guizot, *loc. cit.*, 17e leçon.) — Chartes d'Orléans, de Beauvais, d'Etampes. (Guizot, *loc. cit.*, *Preuves*.)

[2] Varin, *loc. cit.*, t. II, p. 707, sous le titre *Li jugement de ceste année*, et t. III, p. 665, sous le titre *Plaids en baillie et en prévôté*.

[3] Varin, *loc. cit.*, t. II, p. 728, 736, 745, 764, 876, 893, 904, et t. III, p. 98.

Digitized by Google

fist semoure par-devant li prévost Oudinet son frère » consanguin qui refusait de l'admettre au partage d'un héritage dépendant de la succession de sa sœur consanguine : Oudinet, à l'appui de son refus, disait « qu'il ne volait mie que cis Robinet partît, en cele « eschance pour ce qu'il n'estoit mie germain à cele sereur, » comme lui, mais simplement consanguin : Robinet répondait « qu'il i voloit partir, par la raison de ce que li héritages qui « estoit escheuz de la sereur, descendoit de Tiébault le père à « tous ces enfans. » D'où la question : le frère consanguin doit-il venir à la succession du père commun, aux mêmes droits que les frères germains ? — Les échevins répondent : « s'en fu droiz « diz, par conseil de bones genz, qu'ils devoient tuit partir en « cele eschance, comme frères et suers, pour ce que ele venoit de « par celui Tiébault qui estoit père à eus tous[1]. »

Quand finit le XIIIe siècle, le droit commence à naître du fait, l'official Ruffinus de Fiterlo tire de la jurisprudence de l'échevinage, le *liber practicus de consuetudine remensi*[2]. Au début du XIVe, apparaît un essai de rédaction qui rend plus sensible encore cette filiation : l'auteur divise son œuvre en deux parties consacrées, l'une au *droit*, l'autre au *fait*. S'il proclame dès l'abord, par exemple, qu'en la ville de Rheims ne « court aucune « mortemain, » et que si « aucun muert, tous ses biens, muebles « et héritaiges eschiunt à ses hoirs, » voilà le droit, mais où est le fait d'où le droit tire son autorité ? Attendez : « Il est vrai que « la suer de jadis maistre Estiene de Vernueil estoit femme de « corps de chevage du prieur de la chappelle à Ullay, la quele « moru à Reims, et volt y celi prieur avoir mortemains, et par « acort le dit prieur et les hoirs d'icelle vinrent à Reims, *pour* « *savoir de la coustume*, et trouvèrent la coutume tele comme des- « sus est dit, et par là le dit prieur tint et tient les hoirs pai- « sibles[3]. »

Ainsi fut-il encore en Beauvoisis où le juge lui-même, Beau-

[1] Varin, *loc. cit.*, t. II, p. 876.

[2] Varin, *Archives législatives de la ville de Rheims*, t. I, p. 128, et *Archives administratives*, t. I, p. 116, *Notice bibliographique*.—Voy. aussi aux *Archives législatives*, t. I, p. 33, un fragment d'une coutume latine du XIIIe siècle, CONSUETUDO *remensis quæ pro jure servatur*.

[3] Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 606, sous le titre : *Cy dessous est escripte la coustume qui est à Reims, c'est assavoir que homs ou femme serf, ou de chevage, demeurant à Reims, qui muerent à Reims, ne doivent aucune chose pour mortemain.*

Digitized by Google

manoir, mit par écrit la jurisprudence coutumière du pays, dès le XIIIe siècle. A Bourges, au commencement du XIVe, des praticiens, ou peut-être le greffier Pierre d'Argenton, déposent la pratique civile du bailliage dans le *coustumier de la ville et septaine de Bourges, de Dens-le-Roy et du pays de Berry*, tandis que, de son côté, la pratique criminelle est recueillie à la même époque dans la *coustume des amendes que le prévost de Bourges a accoustumé à prendre et lever quand les cas y adviennent en son office*[1]. Successivement augmenté par les soins des praticiens, à mesure que le temps complétera la jurisprudence du bailliage, le *coustumier* deviendra, en 1450, la coutume du Berry[2]. A Paris, le Châtelet a, dès le XIIIe siècle, ses *anciennes coutumes* qui ne sont que le recueil de sa jurisprudence; au XIVe, on rédige les *coutumes notoires* qui continuent l'œuvre des anciennes, et qui, continuées elles-mêmes jusqu'au XVe siècle, deviendront, pour parler comme Brodeau, *la vive source des cahiers présentés à la réformation* de la coutume[3].

Ailleurs, l'intervention des seigneurs eux-mêmes dote la province d'une coutume. En Champagne, le roi Thibault II fait recueillir les usages de son temps et réunir les jugements des échevins de 1224 à 1299[4]. A Saint-Dizier, en 1228, le comte Guillaume octroie à ses sujets une charte de privilége dans laquelle il règle lui-même avec de minutieux détails les principales matières du droit privé, le mariage, la plègerie, les formes de l'ajournement en justice, le droit des marchés et des foires, le droit des étrangers, le droit pénal, etc.; puis, voulant garantir l'échevinage, à qui il confie le dépôt de cette charte, contre les dangers de l'incertitude pour les cas qu'elle n'a pas prévus, il lui impose l'obligation de s'en remettre, pour ces cas, à la décision du sénat d'Ypres, cité voisine de la Champagne[5].

Enfin au-dessus de ces juridictions communales qui préparent la coutume, se place la cour du Roi, le Parlement, qui

[1] La Thaumassière, *Coutum. local.*, p. 255-312. — Catherinot, *Droit de Berry*, p. 6.

[2] Raynal, *loc. cit.*, liv. IX, ch. IV.

[3] Brodeau, *Comm. sur la cout. de Paris*, préface. — *Olim* (édit. Beugnot), t. II, p. 871.

[4] *Li droict et coustumes de Champaigne et de Brie que li roys Thiebaulx establi.* (*Olim*, t. II, p. 863.)

[5] Voy. pour les détails sur ce point M. Beugnot. (*Olim*, t. II, p. 899.) — Vers 1330 également, on trouve une rédaction de la coutume de Bretagne,

Digitized by Google

chaque jour est appelé à lui donner par ses arrêts une existence incontestée. Dès cette époque, la puissance législative tend à se concentrer dans les mains du roi, par la suprématie du pouvoir judiciaire[1].

Néanmoins, recueillies comme on vient de le voir, les coutumes n'ont point par elles-mêmes une autorité légale ; un ancien texte du XIIIe siècle nous apprend qu'à cette époque, la sanction des pouvoirs publics ne suffisait pas à lui donner cette autorité qu'elle ne devait tenir, comme autrefois, que de l'usage[2]. En outre, plus d'une province resta en arrière dans ce mouvement, et les coutumiers de celles qui se portèrent en avant, laissèrent à la pratique plus d'une lacune à combler. A quelle autorité recourir alors ? C'est demander à la fois comment, après le mouvement communal, la jurisprudence coutumière se forma dans les échevinages, et comment elle se maintint après la rédaction des premières coutumes. La réponse est simple, on s'adressait à la mémoire des coutumiers, qui était le dépôt naturel de la coutume.

La preuve testimoniale jouissait en France, depuis l'origine, d'une faveur marquée ; les lois germaniques, les capitulaires, le droit canonique et le droit féodal lui avaient successivement accordé le premier rang parmi les preuves judiciaires[3]. Au milieu du XIIe siècle, à l'époque où l'on peut retrouver les premières traces du parlement de Paris, la cour du Roi juge tous les procès qui lui sont soumis sur plaidoiries ou sur enquêtes ; à la fin de ce siècle, l'abolition du duel judiciaire donne encore à la preuve testimoniale une nouvelle extension qu'augmentera bientôt la

faite par *plusieurs hommes seiges en Bretaigne et bons coustumiers.* — Un siècle avant, on avait recueilli les coutumes de Normandie, après s'être enquis *de ce qui était tenu pour loi en chaque territoire.* (Laferrière, *Histoire du droit français*, t. III, liv. IV, ch. IV, sect. 6.)

[1] *Olim* (édit. Beugnot), t. I, 1re partie, *passim*, et t. III, *pass.*

[2] *Olim*, t. II, p. 871. « Coustume doit estre faite par commandement de « roi ou de conte, ou d'évesque ou d'abbé royal, ou de tel qui le puisse faire « et doie; *et doit la coustume estre gardée par* LX *ans.* Et se la coustume est « gardée par *prescription* de XL ans dessus dis, *la coustume ne doit estre « nule ne de nule valeur*, ne ne doit estre gardée ni maintenue par nul bon « juge. » (*Anc. cout. du Châtelet*, ch. XXXIX.)

[3] Beugnot, *Olim*, t. I, *notes.* — Danty, sur Boiceau, *addit. à la préface.* — Capitulaires, lib. III, cap. 32 et 52; lib. IV, cap. 23 ; lib. V, cap. 150, 162, 183; lib. VII, cap. 69, 78, 79, 110, 133, 242. — Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. XVI et suiv.

Digitized by Google

création des bailliages; enfin le Parlement lui-même se divisera en *chambre des Plaids et chambre des Enquêtes*[1]. Lors donc qu'au cours d'un procès, l'une des parties allègue une coutume qui autorise, dit-elle, sa réclamation ou sa résistance, il ne reste au juge qu'un moyen de s'éclairer, il s'enquiert de la coutume alléguée, il interroge la source vive de la loi, et depuis le dernier degré de la justice communale jusqu'au sommet de la justice royale, la voix du coutumier fait le droit.

Les enquêtes coutumières ont dû être entourées de bonne heure de formalités précautionnelles, en harmonie avec la nature des faits qu'elles devaient révéler. Les plus anciennes qui nous soient parvenues indiquent que les témoins, outre qu'ils déposaient sous la foi du serment, étaient seulement appelés à attester ce qu'ils avaient vu ; elles nous apprennent aussi qu'on choisissait habituellement les témoins parmi les praticiens du pays dont on interrogeait la coutume. Entre 1195 et 1220, le roi revendique sur le comte de Flandre le droit d'aubaine dans les provinces flamandes; à l'enquête qui suit cette revendication, que disent les témoins du comte? « Dus Alberius *dixit quòd vidit* quòd comes « Flandriæ et comitissa Ada et comitissa Alienor habuerunt alie- « nigenas per totas terras suas.—Decanus Beati-Thome de Crispeio « *dixit quòd vidit*..... Radulfus de Crespigniaco *dixit quòd vidit*.....[2] » De même, en 1205, les barons normands, interrogés par la cour sur la question de savoir *quæ jura reges Angliæ habuerunt in Normanniâ adversùs clerum*, délibèrent entre eux et font ensuite la déclaration suivante : « Ego Reginaldus, comes Boloniæ, ego Wuillelmus Martel..., per sacramentum nostrum *diximus quòd vidimus*, tempore Henrici et Ricardi, quondam regum Angliæ quòd....[3] » Enfin, vers 1253, l'échevinage de Rheims trace d'office la marche des enquêtes coutumières : « Se temoings « sont produis à prover costume, véez ci interrogatoires conve- « nables lesquels on leur puet et doit faire en tout ou en partie : « premier, *se ils ont veu jugier selon ycelle coustume, et quantes* « *fois, et de quels juges, et entre quels personnes, et en quels temps,* « *et se il fu appeleit de ce jugement ou non, et se ils scevent que tous* « *li peuples ou la plus grante et la plus sainne partie se soit accordée* « *et consentie expressément ou taisiblement en celle coustume entro-*

1 Beugnot, *Olim, loc. cit., notes.*
2 *Olim* (édit. Beugnot), t. I, *notes*, n° 1, in fine.
3 *Olim*, t. I, *notes*, p. 978.

Digitized by Google

« *duire*[1]. » Un document de la même époque, puisé à la même source, nous montre une coutume rhémoise prouvée par des témoins au nombre desquels on trouve « magistrum Henricum de « Mauriis, *clericum advocatum*, magistrum Laurentium de Au- « bentono, *clericum advocatum*, et Colardum Walce, *advocatum*[2]. »

III.—*Suite.* — Les abus inséparables de la preuve testimoniale envahirent de bonne heure les enquêtes coutumières; il arriva souvent que les témoins, corrompus par les parties, attestèrent à la fois, dans un même pays et sur un même point, deux coutumes opposées et de telle sorte qu'au temps de Pierre de Fontaine, *li anchiennes coustumes ke li prudoumes souloient tenir et user* étaient *moult anoyeanties* et que *li païs* était *à bien prez sans coustume*[3]. Le parlement de Paris prit, en 1299, l'initiative d'une réforme. Désormais la coutume ne sera plus prouvée par les parties, mais recherchée par le juge; le juge appellera près de lui les sages du pays, *plures sapientes carentes suspicione*; il leur exposera le point de coutume en litige et le leur remettra par écrit, les coutumiers ensuite prêteront serment de déposer fidèlement, *quod sciunt et credunt, et viderunt usitari super illâ consuetudine*; puis ils se retireront, et après avoir délibéré ils chargeront l'un d'eux d'exprimer leur avis motivé, *et dicent inter quos viderunt consuetudinem et in quo casu, et in quo loco, et si fuerit judicatum et de circumstanciis, et in commune reddent causam dicti sui*[4].

Trente ans plus tard, le *liber practicus de consuetudine remensi* reproduisait le principe de l'arrêt de 1299[5], *et le coustumier de la ville et septaine de Bourges* le traduisait presque littéralement en y ajoutant toutefois ces mots, qui méritent attention : « A Bour- « ges, ces jugements sont faits par bourgeois, et la coustume est

[1] Varin, *Archives administratives de la ville de Rheims*, t. II, p. 774, Plaids de l'échevinage de 1253.

[2] Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 320, n° 519. « Consuetudo est Remis, « quòd uxore mortuâ maritus tenetur reddere hæredibus vel executoribus def- « functæ bona quæ ipsa detulit cum eo in maritagium, *etiam si consumpta « fuerint in utilitatem et usus uxoris.* Ista consuetudo probata est in curiâ « Remensi....., etc. »

[3] Pierre de Fontaine, *Conseil*, ch. 1.

[4] La Thaumassière, *Comm. de la cout. de Berry*, préface.

[5] Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 35, n° 39. « Si usus vel consuetudo « allegitur, *non probatur, sed per judicem de hoc inquiritur.* »

Digitized by Google

« à eux garder, *et la faut prouver par dix témoins, et s'appele « tourbe* [1]. » On sent ici le voisinage de la glose.

Les abus qui se manifestaient alors en France dans les enquêtes s'étaient également manifestés à Rome, au temps des empereurs. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les textes du Digeste, au titre *de Testibus*, avec les textes du Code au même titre et la novelle 80 [2]. On avait dès lors à Rome entouré la preuve testimoniale de formalités et de conditions restrictives, destinées à en combattre les excès ; Justinien, notamment, complétant les lois de ses devanciers, s'était attaché à déterminer la valeur des témoignages par le nombre et la qualité des témoins [3]. Imbus de cette idée, et se trouvant en présence de dangers plus grands encore peut-être, les glossateurs tirèrent du code et de la novelle un certain nombre de règles prohibitives qui enchaînèrent la preuve testimoniale dans un certain nombre de restrictions. Accurse a recueilli ces règles, et ceux qui l'ont suivi les ont complétées.

Partout où l'écriture est requise, elle l'emporte sur le témoignage, *scriptura vincit vocem vivam* ; ailleurs il faut quatre témoins pour combattre efficacement un écrit, *quatuor vincunt instrumentum*, trois ne suffiraient pas, *tres non vincunt* [4]. Lorsqu'il n'y a pas d'écrit, deux témoins font une preuve, à moins que la loi n'en requière un plus grand nombre, *numero non adjecto duobus æquè ac instrumento creditur* ; un seul témoin ne mérite point de foi, *testis unus, testis nullus*, son témoignage ne constitue

[1] *Coustumier*, etc., au chap. « *Coment coustume se doit prouver.* » — « Là où aulcune coustume est à prouver, le juge mande les usagiers et les « coustumiers du pays et ses plus anciens, et leur expose la coustume, et « leur fait jurer, la coustume exposée, qu'ils en diront vérité, et feront res- « pondre par la bouche de l'un d'eux : les quels se trayent à part et ont dé- « libération ensemble, et à leur retour ils font dire par l'un d'eux, en la « présence de tous, ce qu'il leur semble, et se ils sont d'un accord que la « coustume est telle, elle est tenue comme prouvée. »

[2] « Non ut pateflant quæ gesta sunt, testantur plurimi, sed quatenus « adhuc amplius adhuc occultentur, nam alia quidem scientes, alia verò « pronunciantes aut quæ non sunt dicentes, hoc ipso confitentur quia ea quæ « verè sciunt, neque volunt pateflerì, neque secundùm ea proferri judicia, sed « quæ numquàm facta sunt hæc et pronuntiant, et ad judicium deduci quæ- « runt. » (Nov. 80, *præfatio*.)

[3] Nov. 80, cap. I, IV, V, VII, VIII, et IX.

[4] La glose d'Accurse (Ed. Dion. Gothofredo), sur la nov. 73, tit. II, cap. III.

Digitized by Google

qu'une demi-preuve, une présomption, *testis unus semiplenè probat* [1]. — La réputation des témoins doit être intacte : *ignobiles et viles homines testes non admittuntur*; ils doivent déposer de ce qu'ils ont vu ou entendu, *de visu aut auditu*; un témoignage *de auditu* sur un point dont la connaissance se perçoit par la vue n'a pas de force, non plus qu'un témoignage *de visu*, sur un point dont la connaissance se perçoit par l'ouïe; le témoignage *de auditu alieno* est sans valeur, de même que le témoignage *de auditu auditûs*; ainsi du témoignage *de alieno visu* [2]. — Les témoins doivent dire ce qu'ils savent, et non ce qu'ils croient, *testis debet dicere de veritate, et non de credulitate*; ils doivent en outre rendre raison de leur déposition, *reddere testimonium de scientiâ suâ* [3].

La décision de l'échevinage de Rheims et l'arrêt de 1299 appliquent déjà plusieurs de ces principes, communs à toutes les espèces d'enquêtes. La glose ajoute, et c'est notre cas : *testium numerus supplet quod in fide deficit* [4]. Quel sera ce nombre? La coutume de Berry, se faisant l'écho d'un usage sans doute général à son époque, le fixe à dix ; pourquoi ce nombre, et surtout pourquoi à ce nombre le nom de *tourbe?* La glose nous l'apprendra encore. L'édit du préteur portait : « Cujus dolo malo in *turba* « damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno quo primum « de eâ re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in « simplum, judicium dabo. » Et Ulpien, commentant l'édit, se demandait combien il fallait d'hommes pour constituer une *turba*. A quoi il répondait : « Si plures fuerunt, *decem aut quindecim ho-* « *mines, turba dicatur* [5]. » Et la glose, commentant Ulpien, tirait de la décision qui précède, l'axiome *Turba fit ex decem hominibus*. Enfin la pratique romaniste du XIVe siècle tirait à son tour du brocard de la glose, *les enquestes par turbes*, c'est-à-dire « *par dix sages coutumiers*, rendant certaine et affirmative cause de leurs dispositions [6]. »

[1] *Id.*, sur la loi, 14, C. *de Testibus*, gl. *præsto*; *Id.*, sur la nov. 80, § *si vero*, gl. *juraverit*; *Id.*, sur la l. 31, D. *de Jurejur.*, gl. *exacto*.

[2] *Id.*, sur la nov. 90, tit. II, cap. I. — *Id.*, sur la nov. 1, § *si verò absunt*, gl. *et vidisse*. — *Id.*, sur la l. 14, C. *de Testibus*, gl. *præsto*. — *Id.*, sur la loi 2, § *Idem*, gl. *audierint*, D. *de aq. pluv.*

[3] *Id.*, sur la nov. 80, § *Et quoniam*, gl. *cognita*. — *Id.*, sur la l. 14, C. *de Testibus*, gl. *præsto*.

[4] Accurse, sur la loi 3, § *et idèo*, D. *de Testibus*, gl. *numerus*.

[5] L. 4, § 3, D. *Vi bonor. rapt.*

[6] Accurse, sur la l. 7, D. *de injuriis*, gl. *prætor*. — Desmares, *Décisions*

Digitized by Google

Le XIVe siècle et la première moitié du XVe conservèrent à peu près intactes les règles que leur avait transmises le XIIIe sur les enquêtes par tourbes [1]. Mais en même temps les abus, qui avaient nécessité ces règlements, se représentèrent aussi vifs qu'à l'origine; on négligea bientôt le principe que le juge devait s'enquérir, et non les plaideurs faire une preuve, et « souvent advient, « disent les monuments contemporains, que l'on treuve que les « parties ont prouvé coustumes au contraire [2]. » Enfin le bon sens populaire flétrit lui-même les abus, et ce fut un proverbe vulgaire que celui-ci : *Bien fol est qui se met en enqueste, car qui mieux abreuve, mieux preuve.*

La royauté, tout en favorisant le mouvement coutumier, avait essayé plusieurs fois de le diriger vers une rédaction générale et officielle des coutumes. Saint Louis avait mandé à ses baillis de s'enquérir des coutumes suivies dans leurs bailliages; Philippe le Bel avait envoyé dans les bailliages et les sénéchaussées des commissaires chargés de recueillir les vieilles coutumes; le roi Jean avait continué l'œuvre de ses devanciers, mais la guerre anglaise avait interrompu ces tentatives de réforme [3]. Quand Charles VII eut rendu à la France l'unité politique et territoriale, il voulut la doter de l'unité législative.

IV. — *Les coutumes et les ordonnances au* XVe *siècle.* — A l'époque où nous arrivons, la loi, en France, avait une double source, les coutumes et les ordonnances; de plus, le pouvoir législatif appartenait dans sa plénitude à l'autorité royale; enfin, la nation s'était constituée, et à de fréquentes reprises, elle avait participé au gouvernement du pays par la voix des états généraux.

En 1446, le Parlement de Paris, après de longues et mûres délibérations, exposa au roi Charles VII qu'il serait expédient et

notoires, § 108. Desmares continue : « Et si par moins de dix personnes en « tourbe la coustume estoit tesmoignée, *cette preuve ne suffirait pas, mais « serait nulle de soi.* »

[1] J. Faber, sur les instit., tit. *de jure nat.*, § *ex non scripto.* — Desmares, *loc. cit.*; les *Décisions notoires* composent un recueil de principes établis, de 1300 à 1387, *par enquêtes par tourbes.* — Bouteillier, *Somme rurale*, ch. CVIII. — Masuër, *Pract. forens.*, tit. *de Testibus.* — A cette époque, les principes de la glose deviennent des brocards proverbiaux, *voix d'un, voix de nun. — Une fois n'est pas coustume. — En un nund de ouï dire, il n'y a point de plein. — Un seul œil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'audivi.*

[2] Plaintes des états de Tours, en 1484. (Isambert, *Recueil*, t. II, p. 61.)

[3] Isambert, *Recueil*, t. I, p. 358, et t. II, p. 759.

Digitized by Google

nécessaire pour le bien de la chose publique, de réunir et de rafreschir les ordonnances royales, sur les points qui présentaient une application journalière, en complétant les lacunes qu'elles pourraient offrir ; il mit aussi sous les yeux du roi un plan de ce travail par chapitres et articles. Cette initiative amena l'ordonnance du 14 novembre 1446, qui régla les prérogatives, le rang, les droits et les devoirs du Parlement, et les formes de procéder devant lui. Sous cette dernière rubrique, l'art. 22, pour obvier aux abus des enquêtes coutumières, décréta qu'à l'avenir une tourbe ne compterait plus que pour un témoin, et qu'il faudrait, pour établir une coutume, dix tourbes de dix témoins chacune. On cherchait dans le nombre des témoignages une garantie qu'on ne trouvait plus dans leur qualité; *testium numerus supplet quod in fide deficit* [1].

Ce premier pas fut suivi d'un second : l'ordonnance de Montillez-Tours, en 1453, plaça au premier rang des moyens les plus efficaces pour l'abréviation des procès, la fidèle observation des ordonnances et la rédaction des coutumes. Sur le premier point, l'art. 119 enjoint aux présidents de la Cour de *laisser toutes autres occupations*, pour veiller à la stricte application des édits royaux ; sur le second, l'article 137 ordonne que les coustumes, usages et stiles de *tous* les pays du royaume, soient rédigez et unis par escrit ; il veut qu'ensuite ils soient accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chacun pays ; puis qu'ils soient apportez au Grand Conseil pour les faire voir et visiter, ainsi qu'au Parlement ; enfin, qu'après avoir été decretez et confirmez, ils soient observez et gardez ès pays où ils seront [2].

Les sages prescriptions de l'ordonnance de 1453 ne furent qu'imparfaitement remplies. On voit, en effet, Charles VIII, en 1490 et en 1493, Louis XII, en 1498, rappeler les Parlements à l'observation des ordonnances : Louis XII veut que dans toutes ses cours de justice, il y ait un livre des ordonnances, et que lecture en soit faite deux fois l'an, le lendemain de saint Rémy et le lendemain du dimanche de Quasimodo [3]. — De même, on voit Louis XII, en 1498, rappeler l'ordonnance de 1446, et exi-

[1] Préambule de l'ordonnance de 1446. (Guénois, *Conférence des ordonnances*, liv. I. tit. XII, § 6.)

[2] Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. XII, §§ 7 et 8.

[3] Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. XII, §§ 7 et 9. — Ord. de 1493, art. 110 ; ord. de 1498, art. 18.

Digitized by Google

ger, comme Charles VII, dix tourbes pour prouver une coutume [1]. Enfin la rédaction des coutumes ne se fait que lentement, et bientôt on l'abandonne. La Bourgogne, en 1459, la Touraine, en 1461, répondent seules à l'appel du roi [2]. Les autres provinces qui, pour la plupart, ont leurs coutumiers et leurs pratiques, négligent une prescription dont elles ne sentent pas encore la nécessité.

A Bourges, pour ne citer qu'un exemple, le lieutenant général du bailli de Berry a devancé la réforme de Charles VII ; en 1450, il a réuni près de lui les avocats, les procureurs, les praticiens du bailliage, et il leur a soumis, sous le titre de « stille de court « laige... tenu, gardé et observé, par-devant le bailli de Berry et « le prévost de Bourges, avec les coustumes dudit lieu, » une rédaction complète de pratique coutumière. Après de longues conférences, le *stille* a été adopté, puis soumis au roi qui l'a approuvé, enfin les praticiens du bailliage en ont promis, sur l'Évangile, la fidèle observation ; il tiendra lieu de coutume en Berry jusqu'à la fin du siècle [3].

Cependant on n'a pas été partout aussi prévoyant qu'à Bourges ; en plus d'un endroit, les coutumes et les pratiques ont été mises en oubli, et « souventes fois, à cause de ce, les parties se mettent « en grands incidents et accessoires dont les procez sont sou- « ventes fois troublez, delaïez et retardez aux graves dommages « et intérests des parties [4]. » Aussi la royauté ne reste-t-elle pas inactive : Louis XI ne veut pas que ses sujets « consument leur « temps et leur chevance en la conduitte et longueur des procez, « qu'ils laissent pour cela leurs exercitez et négociacion, ni qu'ils « soient plus longtemps contraintz de fere des grande et exces- « sive despence pour prouver les coustumes de leur pays, » il ordonne donc de nouveau « de fere reddiger par escripts, et « apporter par-devers lui et les gens de son conseil, toutes les « coustumes et usaiges de tous les pays de son royaulme, pour « icelles veues en fere et dresser registres et livres qui seront

[1] Guénois, *loc. cit.*, liv. III, tit. III, § 22 ; ord. de 1498, art. 13. « L'on ne « pourra, en quelque matière que ce soit, sur un même fait contenu ès escri- « tures et additions des parties, produire ne faire examiner que dix tesmoins, « *et ne sera comptée une turbe que pour un tesmoin, en cas qu'on ès accous-* « *tumé examiner tesmoins en turbe.....* »

[2] Isambert, *Recueil*, t. IX, p. 364 ; t. X, p. 461.

[3] Raynal, *loc. cit.*, liv. IX, chap. iv.

[4] Raynal, *loc. cit.*, liv. IX, chap. iv. — Discours du lieutenant général du bailli de Bourges, à l'assemblée de 1450.

Digitized by Google

« appreuvées et autorisées : » il ne veut plus qu'en « quelconques juridicions ou auditoire que ce soit, soit mestier de fere « enquestes ou autres preuves des dictes coustumes qui seront « escriptes [1]. » Quelques nouvelles réformations sortent de cette nouvelle initiative de la royauté.

En 1484, les états généraux réunis à Tours, réclament, par la bouche du tiers état, l'exécution de l'ordonnance de Montil. Le roi Charles VIII répond qu'il veut que « la chose soit mise à exécussion le plus convenablement que faire se pourra, » et quelques provinces doivent encore la réformation de leurs coutumes à l'initiative des états [2].

Enfin, dans la première moitié du XVIe siècle, François Ier, suivant les traces de ses devanciers, rappelle d'un côté les Parlements à l'observation des ordonnances et les bailliages à la rédaction des coutumes, tandis que de l'autre, il maintient les sages prohibitions de Charles VII et de Louis XII sur les enquêtes par tourbes [3].

C'est alors que paraît Dumoulin. Jusqu'à présent, nous avons vu la coutume s'affranchir, au XIIe siècle, de l'esclavage féodal, réunir, au XIIIe, ses éléments épars dans la jurisprudence des échevinages, déposer au XIVe ses principes dans les livres des praticiens ; recevoir enfin au XVe, du pouvoir royal, le titre et l'autorité de la loi. En un mot, quand s'ouvre le siècle de Dumoulin, les matériaux sont réunis pour élever l'édifice de l'unité de législation, le point de la difficulté est indiqué, le terrain est marqué sur lequel le progrès devra désormais marcher. Dès le début de ce siècle, en même temps, les rapports sociaux s'étendent, l'homme ne vit plus et ne pense plus, comme vivaient et pensaient ses aïeux, tout s'élargit autour de lui, il n'est plus resserré dans le cercle étroit d'une existence qui a pour bornes les murailles d'une cité ou les confins d'une province, il n'est plus seulement citoyen d'une ville ou vassal d'un seigneur, il devient membre d'un État, sujet d'un souverain.

Le pouvoir, à son tour, s'étend et s'élargit ; le roi est désormais

[1] Lettres de Louis XI au bailli de Vermandois, du 18 avril 1481. (Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 650.)

[2] Etats de Tours de 1484 (Ed. Bernier), appendice, p. 694 et 710.

[3] Ordonn. de 1535, chap. XXI, art. 18 et 19 ; chap. VII, art. 4. — Ordonn. de 1539 (Villers-Cotterets), chap. II, art. 2. (Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. XII, §§ 9 et 12 ; liv. IV, tit. III, § 21.)

Digitized by Google

roi de France, il ne reconnaît plus d'autorité qui puisse venir se placer en face de la sienne, il sera bientôt la source et le terme de tous les droits et de tous les devoirs politiques et sociaux. Désormais aussi la coutume ne sera plus seulement l'œuvre des praticiens et des coutumiers ni d'autres gens qu'en telle matière il semblera bon aux baillis de consulter, elle va devenir l'œuvre de la nation représentée dans chaque province par les principaux membres des trois ordres [1].

V. — *Dumoulin et l'unité de législation.* — L'unité de législation pour Dumoulin n'est qu'une partie de l'unité majestueuse qu'il a rêvé de placer sur le trône, dans la personne du roi. Sur ce point, comme sur tous les autres, il poursuit l'application de son idée avec une ardeur qui révèle la foi puissante de son esprit dans la nécessité d'une réforme. Ici, comme partout ailleurs, il vient au moment propice.

L'état de la question est tel qu'il peut apprécier aisément, et les lacunes qui restent encore à combler, et le terrain sur lequel il doit porter ses efforts. Chaque jour il voit les coutumes à l'œuvre, il lui est facile de noter les défauts, et de marquer les qualités. Esprit puissant et logicien sévère, placé en face de ces mille textes de coutumes qu'il faut accorder et réunir dans un système général, il saura porter la lumière dans ce chaos, comme il l'a portée au milieu des ténèbres du droit féodal, et s'il ne lui est pas donné d'élever le monument et d'en couronner le sommet, il en posera du moins les fondements sur des bases que le temps respecte encore aujourd'hui.

Si Dumoulin eût vécu au xve siècle, avant la première réformation des coutumes, croyez-vous qu'il eût pu dévouer aussi utilement au grand problème de l'unité de législation cette force de logique et de raison qui lui était propre? L'ardeur de son esprit, qui dominait toujours et ne se soumettait jamais, ne se fût-elle point émoussée au contact des usages encore incertains qui gouvernaient alors la France? Ou bien, nouveau Bacon, il eût peut-être devancé son époque, et jeté dans la législation un germe stérile que les esprits de son temps n'auraient point fécondé.

[1] La même année, en 1481, la coutume de Vermandois était rédigée par les *praticiens, officiers, conseillers, coustumiers* du bailliage de Rheims, selon *leurs advis et oppinions* (Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 652), tandis que la coutume de Berry était consentie par le *chapitre, les seigneurs de fief et les élus de la ville de Bourges.* (Raynal, *loc. cit.*, liv. IX, chap. IV.)

Digitized by Google

Il suffit de voir, pour s'en convaincre, le peu de respect que Dumoulin professe pour les coutumes et leurs rédacteurs. Ces dispositions, qui prétendent au titre de lois, que sont-elles, lorsqu'il les compare aux œuvres sacrées des jurisconsultes de Rome, qu'il se propose pour modèles? Elles n'ont point été mûries dans le silence de l'étude, on les a rédigées au plus vite, sans prendre le soin d'en vérifier chaque détail, ni d'en peser chaque parole; on les a lues en grande hâte dans l'assemblée publique des trois ordres de la nation, puis on les a promulguées, et l'on s'est ainsi donné des coutumes [1].

Dumoulin n'est pas le seul à son époque qui pense ainsi : d'Argentré poursuit sans cesse de ses épigrammes les rédacteurs de la coutume de Bretagne, dans la préface de son traité *des Partages nobles*; il lance contre eux un véritable pamphlet, qu'on prendrait pour un fragment de la Satire Ménippée; ailleurs, dans son commentaire, il montre à plusieurs reprises leur ignorance en proie à la plus vive inquiétude, forcée de se trahir par un silence trop significatif [2].

Dumoulin ici, comme partout, commence son travail dès le traité des Fiefs. Il lui donne pour base la coutume de Paris, qu'il prend comme le type d'une rédaction coutumière. Cette manière de procéder au point de départ, découvre déjà le but : de la réforme il veut arriver à la concordance; de la concordance à l'unité.

Déjà, même avant lui, s'était manifesté ce caractère de supériorité qui, dans tout le cours de l'ancien droit, a placé la coutume de Paris au-dessus de toutes les autres, et en a fait une sorte de coutume nationale. L'évidente équité de ses dispositions, le progrès des mœurs et de la civilisation dans les pays qu'elle était

[1] Dumoulin, *ad consuet. Paris.*, tit. I, § 20, gl. 3, n° 10.... « quòd si procedat in *sacris* Pandectis, quantò fortius in his nostris consuetudinibus, quæ non tanto studio et meditatione in scriptis redactæ sunt, sed ex plurium pragmaticorum diversis regestis, à certis deputatis, prout melius pro temporis brevitate potuerunt, conflata fuit et in trium statuum publico consessu lecta ac promulgata hœc redactio; nec fuit assistentibus spatium singula verba ponderandi. »

[2] D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 328. — « Cùm hic titulus (feudorum) reformatoribus ordine expendendus occurrisset, *mirum repenti incessit silentium, pauci magistri discera omnes avebant*, materia per se obscura, nec tribunalibus cognita, obscurius tradita, rogatus explicui veterum eâ de re sensum. »

Digitized by Google

appelée à régir, ce mouvement enfin vers la supériorité qui, par la nature même des choses, se manifeste dans les sphères voisines du pouvoir, toutes ces circonstances lui avaient donné en France un ascendant remarquable.

Du domaine des faits, Dumoulin transporte ce caractère dans le domaine du droit ; la coutume de Paris devient sous sa plume la reine des coutumes, *Caput omnium hujus regni et totius etiam Galliæ Belgicæ consuetudinum* [1]. Les autres se meuvent autour d'elle, comme autour d'un centre commun ; elle devient entre ses mains un type auquel il les compare sans cesse, une règle à laquelle il faut les ramener, quand elles s'en écartent, à l'image de laquelle il faut les maintenir, quand elles s'y conforment.

Aussi voyez comment, ce principe posé, il explique, il analyse, il commente leurs dispositions. Ce n'est plus un jurisconsulte qui en recherche le sens, c'est un législateur qui les note pour la réforme. Voici d'abord la coutume d'Auvergne, à laquelle il impose une distinction qu'on peut, sans crainte d'erreur, tenir pour une modification, *et ità secundùm præfatam distinctionem debet intelligi et modificari consuetudo Alverniæ* [2]. Plus loin, la coutume de Chartres qu'il proclame de droit exceptionnel, et qu'il renferme strictement dans les limites du pays qu'elle régit..... *Et consuetudo Carnutensis... sed localis est, et debet modificari...*; puis la coutume de Bourbonnais qu'il interprète d'office, *et ità etiam debet intelligi consuetudo Borbonensis* [3]. C'est encore la coutume de Sens dont il raie sans hésiter un texte entier, ne pouvant, dit-il, souffrir l'évidente iniquité qu'il consacre..., *alioquin dicta consuetudo contineret intolerabilem iniquitatem* [4]. C'est aussi la coutume de Senlis dont les dispositions, quelque formelles qu'elles soient, doivent, quand l'équité l'exige, se soumettre aux règles ordinaires de l'interprétation : *et quandò uterque articulus esset æqualiter generalis et determinatus, tamen si necesse sit, ut hic, unum vel alterum, vel corrigi vel limitari, tunc, salvo æquitatis urgentiore favore, interpretatio limitatoria præstat correctoria* [5]..... Que dire enfin de la coutume du Vexin qui impose un droit de relief à toute mutation? Ce n'est pas une coutume

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. I, *princip.*, n° 2.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. I, § 33, gl. 2, n° 58.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, § 21, gl. 1, n° 6.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, t. I, § 41, gl. 1, n° 5.
[5] Dumoulin, *loc. cit.*, t. II, § 84, gl. 1, n° 69.

Digitized by Google

qui mérite le nom de loi, *non est jus consuetudinarium*, mais une exaction exorbitante imposée par l'acte d'investiture à certains fiefs en particulier, *sed est jus particulare et privatum*. Que dire de la coutume de Sens qui a suivi celle du Vexin? Pourquoi les commissaires, délégués par le roi pour sa réformation, ont-ils négligé de rayer l'article qui consacre ce droit? *Nimis segniter sese gesserunt delegati, quòd hanc duritiem transmiserunt, nec corrigendam admonuerunt* [1].

On le voit, il n'est jusqu'ici question que de réformes; mais, on le sait déjà, le but est ailleurs.

VI. — *Oratio de concordiâ et unione consuetudinum Franciæ.* — A la suite de son traité *de usuris, reditibus, contractibus*, etc., Dumoulin jette à l'improviste un mémoire, vigoureux de style, serré d'idées, auquel il donne ce titre qui le résume tout entier, *de concordiâ et unione consuetudinum Franciæ*. Nous l'avons vu, dans une autre sphère, préluder à la lutte contre Rome par des principes ainsi jetés au milieu des matières en apparence les plus éloignées de cette querelle.

Ce mémoire est un chef-d'œuvre de logique et de raison, on y trouve résumés, combattus, annihilés, tous les arguments que pouvaient à cette époque pousser en avant les adversaires de la codification; on y rencontre réhabilités, soutenus, établis et victorieux tous les motifs qui rendaient alors nécessaire l'unité de législation. On croit assister, trois siècles à l'avance, à la lutte qui de nos jours divise encore l'Allemagne. Il faut ici laisser parler Dumoulin lui-même [2].

Une législation accessible à tous et fondée sur l'équité est la première condition d'existence et de prospérité pour un État. Là où règnent, dans la législation, la confusion et l'incertitude, autant vaudrait pour les gens honnêtes vivre au milieu des brigands. Le champ libre est ouvert au crime et à la fraude; le silence des lois arrête à chaque instant le bras du juge levé pour frapper [3].

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, tit. I, § 3, gl. 6, nos 1 et 8.

[2] On trouve également dans les œuvres de Dumoulin, à la suite du *Sommaire des contracts, usures, rentes, interest et monnoyes*, un mémoire sur le même sujet, sous le titre : *Les raisons et moyens de l'utilité et nécessité de la réduction, concorde et union des coustumes de France en une;* de même que le *sommaire* n'est qu'un résumé du *Tractatus*, de même le mémoire rançais n'est qu'une analyse du mémoire latin.

[3] Dumoulin, *Tractat. contr. usurar. redit., in fine.* — Boni et quieti cives « nihilo magis vel in civitate se suaque tueri queant, quàm inter escleges vel

Digitized by Google

Tel était dans l'origine l'état de la France. Livrés aux caprices d'une pratique aveugle et ignorante, les intérêts privés étaient à la merci du premier fripon venu. La lumière du droit s'était éteinte, personne qui rallumât le flambeau sacré, personne du moins qui pût le faire sans de grands frais de temps et d'argent. Et encore, la science ouvrait-elle la bouche pour s'autoriser d'un usage, qu'on la lui fermait aussitôt par un usage contraire, dont on allait demander la preuve au témoignage incertain des hommes [1]. La coutume variait du blanc au noir, selon la diligence ou l'influence des parties, les brigues ou les largesses des plaideurs, la sottise ou la mauvaise foi des témoins [2].

Charles VII voulut remédier à ces abus, mais ses ordres ne furent suivis qu'à demi, quelques coutumes aujourd'hui même ne sont pas encore rédigées, d'autres n'ont jamais été revues par le conseil du Roi, ni par le Parlement, d'autres enfin n'ont pas reçu la sanction royale ; la plupart d'ailleurs contiennent des divergences et des contradictions indignes de la loi. Mais où donc est le remède? Le voici : réunir dans une concordance brève, claire et complète toutes les coutumes du royaume [3].

Voyez maintenant quels avantages pour la paix publique. L'injustice s'est glissée dans un grand nombre de coutumes, ici

« prædones : contrà mali et improbi.... undique occasionem habeant ca-
« lumniandi, et aliena, præsertim simplicium, proborum et innocentium
« civium bona diripiendi : judex verò neque bonos tueri, neque malos coer-
« cere præ juris confusione et incertitudine possit.....

[1] Dumoulin, *loc. cit.* — « Immane quàm multi cives.... oppressi sunt, et
« prædæ calumniantium patuerunt, sub illâ miserrimâ confusione et incer-
« titudine juris, antè conscriptas consuetudines, quæ non solùm pragmatico-
« rum libidini et cavillis, sed etiam perversioni pessimi et improbissimi cu-
« jusque nebulonis erant obnoxiæ..... Franciæ nullum ferè lumen erat, nulla
« solida scientia juris civilis,.... quorsùm enim erat leges longo labore nec
« modico sumptu discere, si statim vel hiscere volenti os occluderetur con-
« trariâ vel diversâ consuetudine non ostensâ, sed in facto probando po-
« sita?... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, — « ..... Obscurior et incertior erat notitia consue-
« tudinum, quarum nulla nisi per confusa testimonia habebatur probatio :
« quæ pro diligentiâ vel oscitantiâ, largitione, factione, vel imbecillitate
« partis, modò alba, modò nigra, modò versicolor erat etiam in eodem mu-
« nicipio..... »

[3] Dumoulin, *loc. cit.* — « Porrò nihil laudabilius, nihil in totâ republicâ
« utilius et optabilius quàm omnium diffusissimarum et ineptissima sæpè
« variantium hujus regni consuetudinum in brevem unam, clarissimam et
« æquissimam consonantiam reductio. »

Digitized by Google

sous le voile de l'ignorance, là sous le manteau de l'ambition. Une juste censure ramènerait ces coutumes à l'équité [1]. — Ailleurs, les dispositions les plus contradictoires gouvernent un même pays, une même cité, une même coutume, on rétablirait partout l'ordre et l'harmonie [2]. — On porterait la lumière dans l'obscurité des textes, la fixité dans le doute des interprétations; on retrancherait les hors-d'œuvre, on remplirait les lacunes [3]. — Les difficultés qui devant les Cours de justice sollicitent souvent en sens opposés des décisions souveraines, seraient changées par une décision claire et précise [4].

Ainsi l'on arrêterait, non-seulement le trafic honteux de certains courtiers de procès, mais encore la brigue des puissants, qui souvent dispose à prix d'argent de la loi elle-même, pour ravir une opulente hérédité ou couvrir quelque hideuse spéculation [5]. Ainsi encore on tarirait dans sa source le flot de procès qui depuis si longtemps inonde la France et l'ébranle jusque dans ses fondements, pour l'intérêt des praticiens, et l'avantage des hommes de mauvaise foi [6]. Où trouvera-t-on enfin un lien plus sûr et plus durable à la fois, pour maintenir sous un même pouvoir plusieurs provinces réunies, que l'union et l'accord des lois et des mœurs dans l'équité [7]?

[1] Dumoulin, *loc. cit.* — « Multæ iniquæ consuetudines quæ aliàs per erro-« rem irrepserunt, aliàs per ambitionem quorumdam usurpatæ et persuasæ « sunt, sanctâ censurâ corrigerentur, et ad justitiam et æquitatem reduce-« rentur. »

[2] *Id.*, *ibid.* — Contrariæ nonnunquàm in eâdem scripturâ et consue-« tudine concordarentur..... variæ et diversæ de eâdem re in unam quàm « brevissimam et optimam consonantiam reducerentur.... »

[3] *Id.*, *ibid.* — « Multæ obscuræ et ancipites et distortæ clarissimæ et faci-« les redderentur.... ineptæ et supervacuæ omitterentur.... defectivæ supple-« rentur. »

[4] *Id.*, *ibid.* — « Plurimæ ambiguitates quæ summa quoque tribunalia dici « frequenter exagitant, et in contrarias nonnunquàm sententias diffundunt, « certâ lege clarissimè et absolutissimè deciderentur. »

[5] *Id.*, *ibid.* — « Non solùm privatis quibusdam causarum mundinatoribus, « sed etiam factioni quorumdam potentiorum obstrueretur, qui nonnunquàm « in sui suorumve commodum certi loci consuetudines vel concordari impe-« diunt, vel certo modo per gratiam, sordes aut ambitionem conscribi curant. »

[6] *Id.*, *ibid.* — « Et non est alia via.... ad amputandam et moderandam « illam infinitam litium multitudinem et prolixitatem, quâ tot annos mi-« serè.... quatitur et premitur Francia. »

[7] *Id.*, *ibid.* — « Nihil aptius, nihil efficacius ad plures provincias sub « eodem imperio retinendas et fovendas.... »

Digitized by Google

Mais voici se dresser les objections. Les diverses provinces d'un vaste royaume ne peuvent être assujetties à une législation uniforme, les lois doivent varier avec les mœurs. — On porterait atteinte, en ramenant les coutumes à l'unité, au respect que méritent celles de ces coutumes qui ont été déjà rédigées, contrôlées et sanctionnées. — Enfin, comment obtenir, sur chacun des points qui constituent la nouvelle législation, le consentement uniforme d'un nombre considérable d'individus, d'habitudes diverses et d'intérêts opposés [1] ?

La réponse est facile. D'abord, est-ce que le peuple français ne forme pas une seule nation? Est-ce qu'il ne composait pas autrefois une seule et même province de l'empire romain? Ici d'ailleurs il n'est question que de la France coutumière, qui parle la même langue et suit des usages identiques. Enfin les coutumes, si l'on veut les étudier profondément, suivent partout les mêmes principes fondamentaux, et la division n'apparaît que dans les détails [2].

En second lieu, l'avantage public doit l'emporter sur l'intérêt privé [3]. De plus, quoi qu'on dise, il est aujourd'hui plus facile que jamais de ramener toutes les coutumes à une seule. Un premier essai a été fait, et l'on ne se trouve déjà plus au milieu du chaos que présentait la législation avant cette première tentative. Dans un grand nombre de coutumes, la plupart des dispositions ont été écrites sous l'inspiration de l'équité, et, si le consente-

[1] Dumoulin, *loc. cit.* — « Sed jàm nonnullos audire videor submurmurantes « frustrà me solem facibus illustrare,.... quum nemo dubitet rem esse sanctis « simam, si factam fuisset aut effici posset... tot provincias tàm ampli regni non « posse eodem more vel jure in singulis regi, sed diversos mores diversas et « gignere et exigere consuetudines.... præjudicata jam quarumdam homolo- « gatarum consuetudinum authoribus.... proclivitas hominum ad dissensum, « et difficultas consensûs uniformis tàm multi populi, præsertim peculiaribus « in suâ quâque provinciâ consuetudinibus assueti. »

[2] *Id.*, *ibid.* — « Primo dico omnem populum Gallicum unum esse popu- « lum et olim unam fuisse provinciam quantùmque latissimam.... nec ad- « huc agi de universo populo Gallico, sed de his tantùm qui vulgò censentur « patriæ consuetudinariæ, quibus eadem ferè lingua communis est..... quòd « jàm ab omni ævo eâdem specie juris, nempè consuetudinarii, utuntur : « quòd licet in singulis municipiis in plerisque varium sit, tamen ea varietas « non consistit nisi in quibusdam particularibus singularium..... »

[3] *Id.*, *ibid.* — « ..... Nullo præjudicio quod Reipublicæ utile est impediri « posse..... »

Digitized by Google

ment des coutumiers a sanctionné cette première tentative, avec quelle faveur n'accueillerait-il pas la seconde [1] ?

Reste maintenant l'exécution. Le succès en est assuré : j'ai vu, j'ai étudié, j'ai suivi les coutumes dans leur application journalière. Sur chacune d'elles, je présenterai mes observations, mes critiques, mes propositions de changement ou de confirmation, que j'expliquerai et que je justifierai tout au long. Ensuite, j'adresserai à chacune des villes de la France la partie de mon travail qui sera relative à ses coutumes ; chacune d'elles sera tenue, dans un délai de rigueur, de fournir ses réclamations et ses remarques sur mon travail, appuyées des motifs qui les auront provoquées. La décision des difficultés appartiendra aux Parlements, et, ainsi réduite à des règles certaines et uniformes, la loi générale sera soumise à l'approbation du Roi [2].

Que reste-t-il à dire? Quelles objections peuvent encore surgir? Sans doute, ceux-là se plaindront bien haut qui spéculent sur les procès, comme on spéculerait sur les infirmités humaines, vautours dévorants qui arrêtent la vérité dans son essor, parce que la vérité les éblouit et les confond, hideuses harpies qui s'attachent aux plaideurs comme à une proie facile. Mais il faut que la voix de l'ambition se taise, que l'intérêt privé s'efface, cette lèpre de l'intérêt public, et que chacun comprenne qu'il s'agit ici de l'intérêt de tous, de la sécurité du présent et des garanties de l'avenir [3].

VII. — *Notes de Dumoulin sur les coutumes.* — Dumoulin a fini. Sans doute, vous n'arrivez pas avec lui à cette unité absolue qui réunit aujourd'hui la France entière sous un même niveau

[1] Dumoulin, *loc. cit.* — « Nunc plurium locorum consuetudinibus non-« nihil discussis et repurgatis et in scripta redactis, longè facilius est omnes in « unam bonam et æquam consonantiam redigere, quàm initio, quùm adhuc « omnia intacta et obscura erant..... »

[2] *Id.*, *ibid.* — « Quamobrem obtuli rationes meas locis suis opportunis « adscribere, velut rationem delectis judicibus et authoribus operis reddens, « cur aliquid sic mutassem vel addidissem, vel dextraxissem, simul cur « aliendi localem consuetudinem reliquissem vel omisissem..... confectam « autem à delectis compilationem meo judicio, priusquam regiâ et senatus « authoritate homologaretur, expediret transcriptam ad omnia patriæ con-« suetudinariæ municipia mitti, jussis municipibus..... intrà semestre vel « aliud congruum tempus diligenter et maturè perspicere, si quid mutari « vel suppleri expediret, idque cum rationibus suis significare. »

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, in fine.

Digitized by Google

législatif; vous voyez subsister dans son système la distinction des pays de coutumes et des pays de droit écrit; il tolère même quelques coutumes locales[1]; mais il faut juger l'œuvre de Dumoulin d'après le milieu dans lequel elle s'est produite, avec les yeux du XVIe siècle, et non point avec ceux du XIXe. Dumoulin avait bien compris l'unité législative, telle qu'elle pouvait se réaliser à son époque, il s'était bien adressé au point de la réforme qui offrait de son temps les principales chances de succès, en combattant dans la législation coutumière ses divergences capricieuses et bizarres, et en cherchant à la ramener dans ses détails à l'unité qui la dominait dans son ensemble. Mais, s'il avait saisi la vérité en théorie, peut-être s'était-il égaré lui-même sur les difficultés de la pratique. A peine rédigées, les coutumes n'avaient pas encore senti ce contact d'une longue application qui modifie si profondément les lois; elles conservaient encore trop profondément empreint le caractère particulier et local qui avait dicté leurs dispositions; l'esprit national ne s'était pas encore insinué dans la législation; la royauté n'avait pas encore marqué du sceau de sa toute-puissance les éléments divers de la civilisation française. Dumoulin ne pouvait recueillir de son vivant les fruits de ses propres labeurs. Il devança donc son époque, mais on ne saurait le lui reprocher, car s'il erra dans cette occasion, ce fut par excès de patriotisme. Il n'en continua pas moins son œuvre jusqu'au bout.

Non content d'avoir indiqué un plan, Dumoulin l'exécuta. Fidèle à l'engagement qu'il avait pris dans son mémoire, il annota toutes les coutumes de France, en vue d'une réforme prochaine, et vous retrouverez dans ses annotations la vaste pensée qu'il vient de développer si largement, sans cesse reproduite au milieu des détails innombrables de cette œuvre immense. Sous chaque texte Dumoulin place l'équité, la raison, le droit commun; si dans l'épreuve qui s'établit alors entre le type et l'image, le texte résiste, il le laisse intact, ou le recommande à la réforme, comme exemple à suivre. S'il ne résiste pas, il le marque pour la suppression ou pour la révision. Ses observations sont brèves et concises, comme les notes qu'on jette sur le papier, pour résumer d'un mot une étude complète; elles sont nettes et incisives,

[1] Dumoulin, *loc. cit.* — « Non ab uno quin certis locis ex probabili quàdam « ratione quædam excipienda sint à generali consuetudine, *et velut localis* « *quædam consuetudo reservanda.....* »

Digitized by Google

comme la critique qu'on laisse tomber de la plume, sans l'orner des fleurs du langage, pour frapper dès l'abord l'esprit.

Le plus souvent, les notes de Dumoulin prennent une forme directe, et attaquent en face les articles qu'elles condamnent. On lira, sous l'article 68 de la coutume de Melun, *cette rigueur devroit estre corrigée, comme faisant gain de l'indigence d'autruy :* sous les articles 3 et 4 de la coutume de Coulommiers, *cet article et le séquent ne sont plus en aucun usage, c'avoit esté une ancienne manière de privilége questuaire qui est aboly :* sous l'article 162 de la coutume de Sens, *cela est exorbitant de toutes les autres coustumes, et aussi de droit commun, et ne scay comment on l'a laissé passer. — Iniquissima consuetudo*, notera simplement Dumoulin sous l'article 209 de la coutume de Sens : *quod est injustum*, sous l'article 17 de la coutume de Chaumont ; *sed est stultum*, sous l'article 27 de la même coutume. On ne saurait exprimer en moins de mots une improbation plus énergique.

Dumoulin a parlé dans son mémoire de la brigue des puissants, qui souvent dictait la coutume, au gré de son ambition ou de son intérêt : à l'article 110 de la coutume de Montfort, vous trouverez plusieurs mots, *adjoutez*, vous dira Dumoulin, *du sens de quelqu'un ;* à l'article 132 de la coutume d'Etampes, vous rencontrerez une disposition *adjoutée*, vous dira-t-il encore, *à la suggestion de l'un des commissaires, qui y avoit intérest, ou estoit de ceste opinion, comme souvent s'est fait depuis le décès du bon Roy Louis XII.* Ailleurs la critique semble se cacher sous le voile de la raillerie. Savez-vous pourquoi la prévôté de Vimeu n'a point de coutume locale, et est demeurée sous l'empire de la coutume générale d'Amiens ? Dumoulin vous l'apprendra, sous la rubrique *Prévosté de Vimeu :* « dont le cayer des coustumes « locales et particulières apporté audit Antoine de Saint-Delis, « *fut rongé et mangé de son lévrier*, et parce que ceux de Vimeu, « lors de la publication des coustumes, ne peurent promptement « fournir de leur cayer de leurs coustumes particulières *qui avoit* « *esté mangé des chiens*, ils demeurèrent sous la coustume géné- « rale d'Amiens, *et ainsy l'ay veu juger par arrêt en un procès*, « *environ l'an* 1548. » On verra bientôt Henri II avouer que les procès-verbaux des coutumes d'Auxerre et de Poitou se sont perdus.

Quelquefois c'est un mot impropre que relève Dumoulin : « Les religieuses, abbesse et couvent de Moncel, dit l'article 42

Digitized by Google

« de la coutume de Senlis, sont dames *usufructuaires* de Pont-« poingt, et le Roi est le propriétaire. » — *Heteroclitus usufructus*, note Dumoulin, *quia perpetuus est, videtur magis usus, quia rex aliquid retinet.* — Plus loin, c'est un article qui n'est pas à son rang, *hic etiam malè collocatur articulus*, l'article 36 de la coutume de Chartres. — Plus loin encore une disposition inutile qu'il faut retrancher; sous l'article 1 du chapitre VI de la coutume d'Auvergne, *illud superfluit, quia respicit iniquam capturam fiscalem quæ exolevit.*

Souvent aussi Dumoulin ne se contente pas d'indiquer la correction, il la fait de sa propre autorité. — « Pour réputer un « testament solennel, dit l'article 227 de la coutume d'Orléans, « est requis qu'il soit escrit *ou* signé du testateur. » — *Hæc alternativa*, remarque Dumoulin, *valdè captiosa est, et videtur resolvenda in copulam.* — Sous l'article 195 de la coutume, vous le verrez encore rayer une négation : *hic negativam expunxi, cogente ratione et structurâ textûs.*

Mais d'ordinaire il procède par voie interprétative ou complémentaire : ici c'est un texte qu'il faut entendre dans tel sens, restrictif ou extensif, là une disposition dont il faut éclairer l'obscurité par telle modification. — L'article 106 de la coutume de Rheims lui paraît trop rigoureux, il en limite l'application : *hoc nimis durum, ideò limito.* — L'article 26 de la coutume du duché de Bourgogne autorise une convention exorbitante du droit commun, il le restreint; *et certè licentiosa hæc conventio non debet passim admitti.* — L'article 139 de la coutume de Senlis admet la représentation en ligne directe, « c'est ascavoir la fille « ou fils du frère représentant leur père trespassé, à l'encontre « de leur oncle ou tante, en la succession de leur ayeul. » Ce texte ne paraît pas assez explicite à Dumoulin, il note : *ideò dico de nepotibus vel neptibus in infinitum, quidquid voluerit vetus consuetudo.*

Vous ne trouverez dans les notes de Dumoulin que de rares approbations, qui plus d'une fois encore couvriront des critiques. — *Æquissima consuetudo*, écrit-il sous l'article 12 de la coutume de Vermandois; sous l'article 24 de la coutume d'Étampes, il note : *cela est trop plus juste et raisonnable que la coustume de Paris et d'Orléans.*

Enfin vous trouverez partout le légiste combattant pour l'équité contre les envahissements du fisc, et revendiquant les

Digitized by Google

droits du roi contre les prétentions de l'Église et des seigneurs, partout armé de ce principe qui résume tout son système : *in istis quæ non solùm per errorem emerserunt, sed etiam contrà jus Regis et bonum publicum, non valet consuetudo* [1].

Il serait facile d'étendre encore cette étude, mais ce qui précède suffit à montrer la marche suivie par Dumoulin dans son essai de réformation.

VIII. — *Progrès de l'unité de législation en France après Dumoulin.* — Sur le seuil du XVIe siècle, les matériaux étaient assemblés pour élever le monument de la législation française : maintenant, le plan de l'édifice est dressé et les fondements en sont jetés. Si Dumoulin n'a pu, comme il le voulait, substituer aux anomalies et aux contradictions des textes coutumiers un petit livre court, simple et précis, *brevissimus*, *candidissimus*, *expeditissimus et absolutissimus libellus*, il a du moins ouvert aux progrès de l'unité législative une voie nouvelle qui ne sera point désertée après lui [2].

A la fin du XVIe siècle, comme à la fin du XVe, le travail se bifurque, pour ainsi dire : d'une part, les coutumes ; de l'autre, les ordonnances.

Celles des coutumes qui n'ont pas encore été réformées, sont soumises à la révision, le Roi ordonne à ses baillis d'assembler les Etats de leur province, « et du consentement et en présence « des quelz Estats, de nouvel reddiger et accorder, et si besoing « est, modérer, corriger, muer et abroger » les coutumes « ou

[1] Dumoulin, *sur la Cout. de Touraine*, art. 72. — Sous l'art. 10 de la même coutume, ainsi conçu : « Toutesfois pour adveu non baillié à jour, « pour la première injonction, le seigneur ne peut saisir, *ne par commission « générale.* » Dumoulin note : *C'est cy un erreur provenu de cupidité d'augmenter les greffes.....* — V. encore ses notes sur les art. 41 de la *Cout. d'Anjou*, et 48 de la *Cout. du Maine*, qui attribuent, dans tous les cas, au roi, la succession des aubains et des bâtards, au détriment des seigneurs hauts-justiciers. — V. enfin sa note sur l'art. 19 de la *Cout. du Berry*, au chap. v. — *Hæc est additio Petri Liseti pragmatici iniqua, quia semper sufficeret testimonium honestorum virorum, et puto quòd rari dominorum velint hoc exigere; solebat ille augere fiscum et quæstum judicialem.*

[2] Lettres-patentes d'Henri II, au bailly de Vermandois, du 30 octobre 1556. (Varin, *Archives législatives*, t. I, p. 868.) C'est dans ces lettres que se trouve la mention à laquelle nous avons fait allusion plus haut : « ..... Les procès-« verbaulx des coustumes de la sénéchaussée de Poictou et baillage d'Auxerre *auroient esté perdux.* »

Digitized by Google

« partye d'icelles [1]. » Quel guide suit-on dans cette réformation? Demandez-le aux commentateurs des coutumes, tous ils vous nommeront Dumoulin. Ce serait ici le lieu de rechercher, les textes à la main, l'influence directe que Dumoulin a exercée sur les réformations qui l'ont suivi ; il faudrait, s'appuyant d'un côté sur les anciennes coutumes, de l'autre sur les nouvelles, montrer entre les deux rédactions le génie de Dumoulin qui répudie la première, pour donner le jour à la seconde ; ces points constatés, il faudrait les rattacher aux idées générales qui les dominent, et s'élever jusqu'à la pensée qui anime l'œuvre de Dumoulin; on le verrait alors, prenant pour point de départ une institution coutumière, ramener successivement au type qu'il s'en est formé, les coutumiers qui s'en écartent, soit dans le principe, soit dans les détails ; on pourrait suivre l'esprit de Dumoulin s'insinuant peu à peu jusqu'aux moindres fibres de l'organisme coutumier, et son influence descendant du sommet aux détails, saisissant même les mots, après avoir plané sur les principes.

Cette étude présenterait surtout un intérêt puissant, appliquée à la coutume de Paris ; réformée en 1580 pour la seconde fois, cette coutume s'est inspirée, dans chacun de ses textes, de la doctrine de Dumoulin ; l'esprit du légiste ressortirait à chaque pas de ses dispositions : Brodeau déjà, dans son commentaire, paraît s'être attaché à le mettre en relief sous chaque article; il resterait à faire jaillir de ces éléments épars la pensée organisatrice qui la domine ; on comprendrait alors, mieux qu'on n'a pu le faire encore, ces paroles de d'Aguesseau disant après de Thou que les apostilles de Dumoulin sur les coutumes *ont mérité d'être respectées presque comme des lois* [2]. De Thou avait dit : *Notæ in jus consuetudinarium nostrum..... apud nos pro ratis juris decisionibus habentur* [3]. Ce travail, s'il ne devait pas être un hors-d'œuvre, en raison de sa longueur, viendrait ici en son lieu ; le réduire serait le tronquer : ce qui précède suffit à la filiation des idées.

Non-seulement l'esprit de Dumoulin dirigea la réformation de certaines coutumes, mais encore il donna une impulsion nouvelle

[1] Dumoulin, *Tract. usura. contr. redit*, etc., *infine*, *loc. cit. sup.*
[2] D'Aguesseau, *Quatrième instruction.*
[3] *Thuani historiæ*, lib. VI.

Digitized by Google

au mouvement coutumier. — « Nous avons advisé, dit Henri III « aux Estats de Blois en 1579, de commettre certains personna- « ges pour..... *rédiger*, *receuillir et esclaircir*, au mieux qu'il « sera possible, les constitutions particulières et locales de cha- « cune province[1]. » N'est-ce pas là le vœu de Dumoulin? Aussi, quand finit le XVIe siècle, toutes les grandes coutumes sont rédigées et réformées, quelques-unes même ont subi, depuis Dumoulin, une seconde réformation, comme pour se retremper aux sources qu'il a fait jaillir du sol; la plupart ont aussi reçu la sanction royale et acquis ainsi force de loi, enfin les retardataires tiennent si peu de place sur la carte coutumière, qu'il est permis de dire que le mouvement coutumier finit, quand commence le XVIIe siècle.

Les ordonnances, à cette époque, ont fait un pas de plus que les coutumes; tous les efforts, de ce côté, se sont concentrés sur une compilation officielle des édits royaux : on dirait que la royauté, jalouse de mettre à profit la pensée de Dumoulin, applique aux ordonnances son plan qu'elle ne peut appliquer aux coutumes.

D'abord, en 1566, aux Etats de Moulins, Charles IX rappelant les prescriptions déjà oubliées de ses prédécesseurs, veut que lecture publique soit faite des ordonnances royales, tous les six mois dans les Parlements, de trois mois en trois mois dans les siéges inférieurs; il veut de plus, et c'est là le germe d'un progrès nouveau, que les juges inférieurs envoient chaque année aux Parlements dont ils relèvent, un recueil des dispositions d'édits ou d'ordonnances qui sont tombées en désuétude dans leurs siéges, afin qu'il puisse y être pourvu[2].

En 1579, ce travail préliminaire est sans doute achevé, car on voit Henri III aux Estats de Blois déclarer qu'il a confié à certains personnages le soin de recueillir et arrester les ordonnances, et réduire par ordre en un volume celles qui se trouveraient utiles et nécessaires. N'est-ce pas là le *libellus brevissimus, candidissimus et absolutissimus* de Dumoulin? C'est alors aussi que commence la période de l'histoire du droit français qu'on

[1] Ordonnance de Blois, de 1579, art. 207. (Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. 12, § 18.)

[2] Ordonnance de Moulins, art. 1, 5 et 6. — (Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. 12, § 9 et 17.)

Digitized by Google

a appelée, avec raison, l'époque des codifications partielles [1].

Barnabé Brisson, président au Parlement, un des personnages dont parle l'art. 207 de l'ordonnance de Blois, recueillit le premier des édits royaux ; son travail, qui vit le jour en 1587, sous le nom de *Basilique* ou *Code Henri III*, n'était pas seulement une œuvre de compilation, il contenait aussi des projets de réforme destinés à compléter les ordonnances antérieures. Il fut envoyé à tous les parlements du royaume qui devaient fournir promptement leurs observations, pour que le roi pût ensuite lui donner force de loi : mais les guerres de religion entravèrent d'abord l'exécution des volontés royales, puis la mort d'Henri III vint reléguer l'œuvre de Brisson au rang des essais privés, où elle est demeurée depuis. Le plan de la *Basilique* était fidèlement calqué sur le plan du Code de Justinien ; les ordonnances étaient dispersées en fragments sous des rubriques diverses, comme dans les Pandectes les œuvres des jurisconsultes romains sont découpées en morceaux sous des titres différents [2].

Un nouvel essai signala le début du XVIIe siècle, le *Code Marillac* ou *Code Michault*, enfanté par les plaintes des Etats de Paris de 1614, comme le *Code Henri III* l'avait été par les doléances des Etats de Blois. Ici le plan change : au lieu de recueillir et de ranger en ordre les articles des ordonnances, le garde des sceaux, Michel de Marillac, qui dirige cette seconde tentative, les refond dans une nouvelle ordonnance, et en néglige la lettre pour n'en saisir que l'esprit. D'un autre côté, la *Basilique* renfermait un certain nombre de titres relatifs au droit civil, elle réglait les restitutions en entier, les rescisions et les transactions, la preuve, soit littérale, soit testimoniale, le prêt et les rentes, la société, etc. : le *Code Marillac* ne s'occupe que de droit public, et là où il aborde le droit privé, il néglige le droit civil ; le clergé, la noblesse, la justice, la guerre, les impôts, les finances, les universités, la police, occupent la plupart de ses dispositions, et à peine y trouve-t-on quelques articles relatifs au négoce. Par une remarquable coïncidence, l'autorité du *Code Marillac* s'évanouit dans une intrigue de Cour, comme celle du *Code Henri III* dans une révolte ; la *journée des dupes* emporta le chancelier avec son œuvre : néanmoins la nouvelle ordonnance

[1] Ordonnance de Blois, art. 207. (Guénois, *loc. cit.*, liv. I, tit. 12, § 18.)
[2] Merlin, *Répertoire*, V° *Code*, § 3.

Digitized by Google

avait été publiée à Paris, en 1629, et enregistrée au Parlement, enregistrée de plus à Bordeaux, à Toulouse, à Dijon : elle avait donc acquis force de loi, et elle conserva, dans la doctrine, une autorité quelquefois relevée par les auteurs [1].

IX. — *Suite.* — Il était réservé au siècle de Louis XIV de faire le premier pas sérieux dans la voie ouverte par Dumoulin, et de réaliser le premier, dans cette sphère, comme dans toutes les autres, les réformes indiquées par son génie.

Le mouvement vers l'unité des coutumes se fortifie à cette époque d'un essai glorieux, tenté sous l'égide d'un grand nom, le président de Lamoignon. Lamoignon, s'il faut en croire d'Aguesseau, avait pris de Dumoulin *le vaste et difficile projet de réduire toutes les coutumes à une seule loi générale* [2]. Comme Dumoulin, il mit la main à l'œuvre, et cette puissante conception donna naissance aux *Arrêtez*. Auzanet, comme il nous l'apprend lui-même, prit part à ce travail ; sur les indications de Lamoignon, il recherchait l'état des questions de droit civil qui étaient encore douteuses dans la doctrine et dans la jurisprudence, et résumait les données que lui offraient sur ces points litigieux les docteurs et les arrêts ; ainsi élaborées, les questions étaient soumises avec ces éléments de discussion à une assemblée de magistrats et d'avocats qui les discutait à nouveau et arrêtait un avis; cet avis prenait ensuite place au rang des *Arrêtez*. Le livre qui sortit de ces travaux, n'était-il pas à vrai dire le *libellus candidissimus et expeditissimus* que demandait Dumoulin ? Néanmoins l'œuvre de Lamoignon n'eut jamais qu'une autorité privée ; peut-être le temps n'était-il pas encore venu, pour l'unité de législation, de se produire dans la sphère du droit civil ; peut-être aussi le travail qui se fit alors sur certains points du droit privé plus rapprochés du droit public, détourna-t-il l'attention des matières du droit coutumier [3].

Sur le terrain des ordonnances, le XVIIe siècle fait faire un double pas à la doctrine de Dumoulin, par la création du *Code Louis*. D'abord, la codification, presque exclusivement restreinte jusqu'ici aux lois du droit public, met le pied dans le domaine

[1] Merlin, *Répertoire*, vo *Code*; *Questions de droit*, vls *concubinage, divorce, prescription* et *jugement*. — Isambert, *Recueil*, t. XVI, p. 223.

[2] D'Agusseau, *Quatrième instruction*.

[3] Merlin, *Répertoire*, vo *Code*, § 3.

Digitized by Google

du droit privé : en 1667, la procédure civile est réglée par le *Code civil ;* en 1669, la procédure criminelle par le *Code criminel ;* en 1670, la législation commerciale par le *Code marchand ;* en 1681, la législation maritime par le *Code de la marine.* — Et quel est le but que poursuit le législateur de cette époque ? Il veut, il le dit lui-même, « rendre l'expédition des affaires plus « prompte, plus facile et plus sûre, par le retranchement de « plusieurs actes et délais inutiles, et par l'établissement d'un « style uniforme dans toutes les cours et siéges[1] ; » il veut encore conserver « les particuliers dans la possession paisible de leurs « biens, » assurer « le repos public, » et soutenir « par la crainte « des châtiments, ceux qui ne sont pas retenus par la considé- « ration de leurs devoirs[2] ; » il veut enfin « assurer parmi les « négociants la bonne foi contre la fraude, et prévenir les obsta- « cles qui les détournent de leur emploi, par la longueur des « procès, et consomment en frais le plus liquide de ce qu'ils ont « acquis[3]. » N'est-ce pas là ce que demandait Dumoulin, quand il voulait comprimer ce flot de procès qui inondait la France et l'ébranlait jusque dans ses fondements ?

En second lieu, et ce point est notable, l'ordonnance de 1667 abolit les enquêtes par tourbes, c'est-à-dire le dernier lien qui retient encore le mouvement coutumier esclave des abus passés. La rédaction et la réformation des coutumes, la sanction royale elle-même, en donnant aux textes coutumiers l'autorité de la loi, n'avaient point entraîné l'abolition de ces enquêtes. Lorsqu'il fut devenu inutile de s'enquérir des dispositions de la coutume désormais consignées dans les Codes coutumiers, on s'enquit sur son interprétation ; l'usage qui avait fait la loi n'en était-il pas le meilleur interprète ? De législateurs qu'ils étaient, les coutumiers devinrent des commentateurs, et l'on demanda à la voix commune le sens des articles ambigus et la véritable portée des termes indécis. On s'enquit, en outre, de l'usage et du style des juridictions qui n'avaient point reçu encore de rédaction écrite.

A Rheims, pour ne citer qu'un exemple, on trouve encore des enquêtes par tourbes en 1551, et cependant la coutume a été

[1] Préambule de l'ordonnance de 1667. (Bornier, *Confér. des ordonn. de Louis XIV*, t. I, p. 2.)

[2] Préambule de l'ordonnance de 1669. (Bornier, *loc. cit.*, t. II, p. 2.)

[3] Préambule de l'ordonnance de 1673. (Bornier, *loc. cit.*, t. II, p. 437 et 438.)

Digitized by Google

réformée une première fois sous Louis XII, en 1481 ; et quel est le but de ces enquêtes ? L'art. 160 de la coutume porte : « La « femme vefve qui après le trespas de son marit, choisit partir « par moictié, aveq et contre les héritiers d'icelluy, est dès « l'heure qu'elle a déclaré ce choix dame en tout droit pétitoire « et possessoire et aussi avant comme l'héritier de la moictié « par indivis de tous les *biens*..... qui au jour du trespas du « marit estoyent *communs* entre luy et sa dicte femme. » Un plaideur s'empare de ces mots de l'article, *biens communs*, et soutient que la communauté existe entre les époux du jour du mariage, il va peut-être jusqu'à contester à la femme son droit de renonciation, on se met aussitôt en enquête, et les coutumiers prononcent qu'il n'y a « par la coustume communité nécessaire « entre l'homme et la femme, combien que cest article use de « ces mots *biens* communs, ains y a communité seulement quant « la femme prent le choix moictié par moictié, laquelle commu- « nité procède seulement du choix pris par la femme[1]. » N'avais-je pas raison de dire que les coutumiers étaient devenus des interprètes ? — Ailleurs, on va plus loin encore et c'est la disposition même de la coutume, toute écrite qu'elle est, qu'on met en question et ensuite en enquête : l'art. 60 dispose que si « ung « trespassé délaisse deux frères, » l'un utérin, l'autre consanguin, les propres de la succession « suivront la ligne dont ilz « vindrent » et que « le frère paternel aura le naissant venu de « la ligne paternelle, et le frère maternel le naissant venu de la « ligne maternelle. » Quoi de plus explicite ? On n'en prouvera pas moins par tourbes que c'est coutume de Rheims que « *est* « *paterna paternis, materna maternis*, ou procès de Guillaume « Mothe[2]. »

Dumoulin avait touché ces abus du doigt ; il avait signalé notamment la province du Perche, comme l'asile de toutes les fraudes que pouvaient recéler les enquêtes par tourbes ; il avait montré les témoins venant par centaines, au mépris d'un serment solennel, attester sur un même point et dans un même pays les coutumes les plus opposées : *Fervet etiam nunc adusquè in provinciâ Perticensi, ubi etiam per centurias testium opposita consuetudinum facta probare licet ;* il avait appelé enfin la colère divine sur les magistrats qui toléraient de pareils excès, *maximo*

[1] Varin, *Archives législatives de la ville de Rheims*, t. I, p. 714.
[2] Varin, *loc. cit.*, t. I, p. 663. — V. aussi, *eod. loc.*, t. I, p. 666 et 667.

Digitized by Google

quidem dedecore, sed graviori piaculo eorum qui præsunt, à quibus Deus sanguinem oppressorum et animas ob eam morum corruptelam periclitantium, olim requiret[1].

Les Etats de Moulins qui avaient corrigé, dans les enquêtes ordinaires, les excès de la preuve testimoniale, étaient demeurés muets sur ses abus dans les enquêtes coutumières; il ne s'était point trouvé de Parlement de Toulouse pour demander l'abolition des tourbes[2]. Il faut reconnaître aussi que la coutume ayant acquis, par la sanction royale, l'autorité de la loi, et l'interprétation de la coutume devenant alors une véritable interprétation légale, le principe s'était introduit de réserver le droit d'ordonner les enquêtes par tourbes, aux cours souveraines comme aux dépositaires du pouvoir législatif de la royauté[3].

Néanmoins, ce principe, en restreignant le nombre des enquêtes coutumières, n'en avait point effacé les dangers; aussi le président de Lamoignon, dans la discussion de l'ordonnance de 1667, disait-il qu'il restait encore quelques coutumes qui n'avaient jamais été réformées, et dont les incertitudes et les lacunes obligeaient souvent de recourir aux enquêtes, que la justice ne tirait pas de ces enquêtes un grand secours, parce qu'on trouvait ordinairement « les turbiers, c'est-à-dire les officiers, les « procureurs et les officiers des lieux moins sévères dans les « usages dont on voulait s'éclaircir que les juges qui les avaient « commis, » qu'enfin « les longueurs et les frais étaient fort « grands[4]. »

L'ordonnance de 1667, qui voulait établir l'uniformité dans la procédure devant toutes les cours de justice du royaume, ne pouvait tolérer les enquêtes par tourbes, qui y entretenaient la diversité; aussi les abolit-elle[5]?

Avec le XVIIIe siècle, le mouvement unitaire pénètre dans le

[1] Dumoulin, *Tractat. usur. contr. redit.*, etc., *in fine*, *loc. cit. sup.*

[2] Ordonnance de Moulins, art. 54. — Danty, *Sur Boiceau*, additions à la préface, nº 35 : « Le parlement de Toulouse, suivant ce que dit Maynard, « liv. VI, chap. LXXVI, envoya des députés à Charles IX, pour obtenir cette « disposition particulière de l'ordonnance de Moulins, au sujet de la preuve « par témoins. »

[3] Louet et Brodeau, *Lettre R*, chap. XXXVII. — Lange, *Pratique civile*, 1re partie, liv. IV, chap. XXX.

[4] *Procès-verbal des conférences pour l'examen des articles de l'ordonnance civile*, 1re partie, p. 321.

[5] Ordonnance de 1667, tit. 13, art. 1. — Bornier et Jousse, sur cet article.

Digitized by Google

droit civil, sans abandonner cependant la partie du droit privé où il s'est manifesté au XVIIe; comme à l'époque précédente, il se présente sous l'égide d'un grand nom, héritier, dans toutes les sphères, de l'esprit de Dumoulin, le chancelier d'Aguesseau.

D'Aguesseau avait conçu le projet de doter la France d'un *corps de lois* où le droit civil devait occuper une grande place; les donations, les testaments, les substitutions, les hypothèques, la prescription, le prêt à intérêt, les rentes, les cessions de droits litigieux, la tutelle, la puissance paternelle, etc., devaient subir tour à tour l'ascendant de son esprit organisateur; cependant il n'avait point envisagé le problème de l'unité de législation du même œil que Lamoignon : *faire une seule coutume pour tout le royaume*, lui paraissait un *dessein trop vaste;* on ne pouvait, disait-il, *l'exécuter que par parties*[1]. C'est ainsi qu'il en commença lui-même l'exécution, en mettant au jour les ordonnances de 1731, de 1735 et de 1747, et l'édit de 1771 sur les hypothèques.

Ici encore l'esprit de Dumoulin domine le législateur. Que veut-on en 1731? « Tarir, autant qu'il est possible, la source des « procès, affermir la tranquillité des citoyens et leur faire goûter « les fruits de cette justice que nous regardons, dit d'Aguesseau, « comme le fondement du bonheur des peuples[2]. » Quel but poursuit-on en 1735? L'établissement d'une règle fixe et certaine, expliquée « d'une manière si précise, que l'incertitude ou « la variété des maximes ne soit plus désormais une matière « toujours nouvelle d'inquiétude pour les testateurs, de doute « pour les juges, et de procès ruineux pour ceux même qui les « gagnent[3]. » Ne semble-t-il pas que Dumoulin lui-même vient de parler par la bouche de d'Aguesseau? Enfin, si l'on entre dans le texte même des ordonnances, on y trouve en plus d'un endroit la trace des idées de Dumoulin : elles ne disposent que

[1] Boullée, *Histoire de d'Aguesseau*, t. II, p. 181 et 182, *pièces justificatives*. — La plupart des ébauches de ces projets de loi se retrouvent, dit M. Boullée, à la Bibliothèque impériale, parmi les manuscrits de d'Aguesseau. On trouve aussi dans ces manuscrits, un projet de réformes générales adressé au chancelier par M. Vaucher, jurisconsulte de la Bourgogne, en 1731 : dans ce projet se rencontre la phrase suivante : *Faire une seule coutume pour tout le royaume*, en marge de laquelle d'Aguesseau a noté : *Dessein trop vaste, et qu'on ne peut exécuter du moins que par parties.*

[2] Préambule de l'ordonnance de 1731. (*Code Louis XV*, p. 6.)

[3] Préambule de l'ordonnance de 1735. (*Loc. cit.*, p. 66.)

Digitized by Google

pour les pays de coutumes; les pays de droit écrit conservent leur loi; elles laissent encore en dehors de leurs prescriptions les coutumes exceptionnelles qui se séparent elles-mêmes du droit commun des pays coutumiers [1]. Dumoulin ne restreignait-il pas ses réformes aux pays de coutumes? ne consentait-il même pas à tolérer quelques coutumes locales?

X. — *Dumoulin, Domat, Pothier.* — Étudiée jusqu'à présent dans la législation, l'influence unitaire de Dumoulin présente dans la doctrine des résultats analogues.

Après lui, la science du droit français, jusqu'alors inconnue, commence à naître, et presque aussitôt, sous les formes diverses qu'elle revêt, elle rassemble les éléments d'une puissante unité.

Les coutumiers ne s'asservissent plus à une étude exclusive du code municipal qu'ils commentent; ils interrogent encore les coutumes voisines, la concordance devient une de leurs principales études; ils apportent ainsi chaque jour de nouveaux matériaux à l'édifice du droit coutumier; bientôt ce droit commun des pays de coutumes, ainsi affermi par une épreuve journalière, deviendra un type sur lequel ils modèleront leurs commentaires, et alors on aura des coutumes de droit commun et des coutumes de droit exceptionnel. Les ordonnances, qui chaque jour aussi pénètrent dans le droit civil, la jurisprudence qu'on recueille déjà et que déjà l'on commence à synthétiser, viendront à leur tour éclairer les coutumes et ouvrir aux commentateurs un champ nouveau.

En même temps que la royauté travaille à réunir dans un corps méthodique l'ensemble de ses ordonnances, la doctrine recueille aussi les édits royaux qu'elle annote et qu'elle commente. Déchue de son rang primitif, l'œuvre de Barnabé Brisson devient un recueil privé, que Guénois et Charondas complètent, et que Bouchel annote de la doctrine et des arrêts. Jacques Corbin rassemble les ordonnances de Louis XIII, qu'il confère avec celles des rois précédents; Néron et Girard reprennent le travail de Charondas et de Guénois; enfin Secousse et de Laurière commencent ce Recueil du Louvre, que Bréquigny continuera après eux, que notre époque n'a pas encore achevé. Auprès de

[1] Ordonnance de 1731, art. 21 et 33; ordonnance de 1735, art. 4, 13, 16, 22, 24, 43, 50, etc.

Digitized by Google

la *Basilique*, du *Code Louis XIII*, du *Code Néron*, se pressent en foule des recueils partiels qui s'attachent à un sujet déterminé : le *Code Gillet*, où sont rangés en ordre les édits, les déclarations et les règlements relatifs aux procureurs du Parlement de Paris; le *Code militaire*, le *Code municipal*, le *Code pénal*, le *Code de la police*, le *Code des tailles*, dont les titres disent l'objet. Les règlements concernant la justice qui ont vu le jour sous le chancelier Le Tellier, sont rassemblés dans le *Code Le Tellier*. En 1712, le chancelier de Pont-Chartrain fait lui-même composer un recueil semblable qui portera son nom[1]. Désormais, le titre de *code* est acquis dans la doctrine à tous les travaux de ce genre.

Les arrêtistes ne s'appliqueront plus exclusivement à recueillir les décisions des cours souveraines: Louet et Brodeau, Henrys et Bretonnier, synthétisent la jurisprudence et la réduisent en principes doctrinaux. Ils travaillent de plus à la maintenir dans une voie uniforme, pour qu'elle concoure avec la doctrine au but d'unité qui, depuis Dumoulin, domine tous les efforts de la science.

Enfin, pour la première fois, le traité trouve dans le droit français un aliment à ses principes syllogistiques. Il embrasse tout, la coutume, les ordonnances, les arrêts, la doctrine ; mais dans ce cercle si vaste et si varié, il obéit comme instinctivement à une direction uniforme. On en pourrait juger à la seule inspection des titres sous lesquels il se produit : ce sont les règles du droit français, le droit commun de la France, l'institution au droit français. La doctrine elle aussi codifie, ainsi que les commentateurs d'ordonnances, les traités deviennent des codes : traite-t-on du droit de chasse, des règlements relatifs aux curés, de la voirie, des fiefs et des droits féodaux, on voit se produire au jour le *code des chasses*, *le code des curés*, *le code de la voirie*, *et le code des seigneurs*[2].

Dans l'histoire de la législation française, la codification doit son origine au traité; de Pothier aux codes de 1804, il n'y a qu'un pas; et de Pothier à Dumoulin, la filiation est évidente.

Si l'on compare, à ce point de vue, l'influence exercée par Dumoulin au XVIe siècle, sur l'unité de législation à peine échappée

[1] Merlin, *Répertoire*, vo *Code*, § 3. — Bornier, *Conférence des ordonnances de Louis XIV*, t. I, *préface*.

[2] Merlin, *loc. cit.*, vo *Code*, § 3.

Digitized by Google

de ses langes, avec l'influence exercée par Pothier au XVIIIe sur cette même unité prête à se produire dans les faits, on trouve une particularité remarquable, que peut seule expliquer la situation du problème à cette dernière époque. Dumoulin et Pothier se sont rencontrés dans le résultat, sans avoir agi dans la cause en vue d'un même but à atteindre.

Dumoulin, légiste avant tout, a porté dans ses travaux un esprit politique et social, qui lui fait rechercher dans tous les détails de son œuvre l'application d'un système général conçu d'avance. Pothier, au contraire, n'a écrit que pour ses études personnelles ou pour son enseignement, jamais il ne s'est mêlé aux agitations de la vie publique, jamais on ne l'a vu s'associer aux essais de codification qui se sont poursuivis à son époque, et s'il a été l'ami de d'Aguesseau, rien dans l'histoire ne nous le montre comme le confident ou le collaborateur de ses travaux unitaires [1].

Dumoulin, sous l'impression immédiate d'une pensée dont il poursuivait surtout la réalisation, s'est adressé dès l'abord au but et s'est mis en contact dès le principe avec les coutumes qu'il voulait codifier ; il a de plus porté dans son œuvre l'esprit du législateur. Pothier est demeuré jurisconsulte, l'homme du droit et de la loi. Fixer des règles claires et précises sur chacune des branches de l'encyclopédie juridique, et résoudre à l'aide de ces règles les difficultés les plus fréquentes, tel a été son plan. Professeur et magistrat à la fois, il a voulu offrir dans ses livres au disciple et au juge un guide pour l'étude et pour la décision [2].

Dumoulin est la pensée créatrice qui a jeté la législation française dans la voie du progrès : Pothier, l'esprit méthodique qui a recueilli, deux siècles plus tard, les conséquences de cette impulsion, et, les réunissant dans un vaste ensemble, leur a imprimé le sceau de l'unité.

Entre ces deux grands noms qui se placent chacun à l'une des extrémités de l'histoire du droit français, comme pour protéger, l'un son indépendance, l'autre sa virilité, il faut en nommer un troisième, Domat.

[1] *Éloge historique de Pothier*, par Le Trône, dans les œuvres de Pothier, t. I, p. XXI.

[2] *Éloge historique de Pothier, loc. cit.*

Digitized by Google

Elève de cette école janséniste, qui, dans le domaine de la morale philosophique, a jeté sur le XVIIe siècle un si puissant éclat, Domat a imprimé au droit français un caractère d'unité qui lui manquait encore. Dumoulin l'avait doté de l'unité politique, Domat lui donna l'unité morale. Pour Dumoulin, la filiation de la loi se réunissait dans ces trois mots : le roi, la nation, la loi. Pour Domat, Dieu est la cause, l'homme le sujet, la loi l'effet. Le pouvoir qui pour l'un était le terme nécessaire de tous les droits, devient pour l'autre un intermédiaire justiciable lui-même d'une autorité supérieure. Le point d'appui est changé: la loi qui, sous la plume de Dumoulin, était l'expression de la seule volonté royale, devient, sous la plume de Domat, l'œuvre de la volonté divine.

Sans ce nouvel élément, comprendrait-on la haute raison qui domine les livres de Pothier, l'autorité du bon sens qu'on y voit à chaque page dicter les décisions du droit, et les arrêts de la morale qui planent de toute leur hauteur sur les arrêts de la science? Domat est le Pascal de la science du droit, et Boileau, tout prévenu qu'il était contre les gens de lois, a bien jugé quand il l'a nommé *le restaurateur de la raison dans la jurisprudence* [1].

Mais si l'on ne peut comprendre Pothier sans Domat, comment comprendre Domat et Pothier sans Dumoulin?

AUBÉPIN,
Docteur en droit, substitut au Blanc (Indre).

BIBLIOGRAPHIE.

RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE CODE DE COMMERCE,

PAR H. F. RIVIÈRE, AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT [2].

Article de M. Mimerel, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

Dans un siècle où le commerce et l'industrie prennent de si grands développements, on comprend que les jurisconsultes dirigent avec ardeur leurs méditations et leurs travaux vers la législation commerciale. Aussi, cette partie du droit a-t-elle déjà été

[1] Boileau, *Lettres à Brossette*, lettre 26. — D'Aguesseau, *Première instruction*.

[2] Paris, Marescq et Dujardin, éditeurs.

Digitized by Google

explorée par un assez grand nombre d'auteurs d'un talent incontestable. Elle offre, du reste, à la pratique, des difficultés de plus d'un genre, et à la doctrine un terrain sur lequel elle peut édifier des théories presque aussi importantes et aussi larges que celles du droit civil, avec lequel le droit commercial a tant de points de contact.

M. Rivière vient de publier sur cette matière, un livre, dans lequel, en suivant l'ordre du Code de commerce, il analyse les textes, expose les principes, compare et résume les opinions de la doctrine et les décisions de la jurisprudence.

Cet ouvrage réunit toutes les conditions d'un bon manuel. Un travail de cette nature exige, dans l'exégèse, des formules nettes et précises, une exposition abondamment nourrie de textes, et accompagnée des motifs qui les ont dictés, un choix fait avec discernement parmi les questions traitées, une certaine mesure dans les développements, beaucoup de sobriété dans les détails. Telles sont aussi les qualités que nous avons remarquées dans les *Répétitions écrites sur le Code de commerce*.

L'auteur rappelle, dans les notions préliminaires qui précèdent ses explications, les caractères de la législation commerciale, et les sources de cette législation, dont il fait ensuite un usage assez heureux dans plusieurs parties de son travail. Il expose, dans les prolégomènes, les divers éléments du droit commercial ; compare les deux opinions de la doctrine sur le point de savoir si le droit civil est applicable comme *loi*, dans tous les cas non résolus explicitement ou implicitement par le droit commercial. M. Rivière a eu raison de placer cette question en tête de ses commentaires, car elle plane sur un grand nombre de dispositions de la législation commerciale. La solution qu'il donne est conforme à la jurisprudence, et suivie par la doctrine, en général, quoiqu'elle ait été combattue avec beaucoup de force, dans ces derniers temps, par des auteurs très-estimables.

Les solutions de M. Rivière portent presque toutes le cachet d'un jugement ferme et droit. Nous serions toutefois en dissentiment avec lui, sur quelques points. Ainsi, par exemple, l'auteur estime que la sanction établie par le dernier paragraphe de l'art. 42 du Code de commerce n'est relative qu'aux sociétés en nom collectif ou en commandite, et n'est pas applicable aux sociétés anonymes. Nous pensons, au contraire, que l'on doit *à fortiori*, déclarer la nullité en cas d'inobservation des formali-

Digitized by Google

tés, car la société anonyme, qui n'est qu'une société de capitaux, offre moins de garanties que les autres sociétés. La formalité de l'insertion de l'ordonnance et des statuts au *Bulletin des lois*, qui a été prescrite postérieurement aux dispositions du Code de commerce, ne saurait avoir aucune influence sur la solution de la question. L'opinion adoptée par M. Rivière a cependant pour elle le suffrage de M. Pardessus.

Nous avons rencontré dans l'ouvrage plusieurs décisions qui s'écartent, peut-être avec raison, des opinions émises par de graves autorités, et des solutions de la jurisprudence. C'est ainsi que l'auteur décide, contrairement à l'avis de M. Merlin et de M. Pardessus, que les associés peuvent, en cas de faillite de la société, opposer aux créanciers la prescription de l'art. 64 du Code de commerce. « La loi, dit-il, en permettant aux associés « d'invoquer la prescription quinquennale contre les créanciers « sociaux, n'a pas distingué si la société était solvable ou non; « d'ailleurs, en admettant la solution de ces auteurs, l'utilité de « la disposition de l'art. 64 serait presque nulle » (pages 95 et suivantes). De même, M. Rivière décide, au titre *des Commissionnaires*, que le voiturier peut faire ordonner par le président du tribunal de commerce, la vente des objets transportés, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, quand même il s'élève une contestation relative à des avaries ou autres faits entraînant sa responsabilité (page 170). M. Pardessus enseigne le contraire, en se fondant sur ce que le paiement obtenu par la vente des marchandises empêcherait, d'un côté, qu'on pût constater leur détérioration, et de l'autre, qu'on pût obtenir une indemnité par la retenue de ses salaires. « On peut répondre, dit M. Rivière, que « la disposition, qui accorde le droit de faire ordonner la vente, « forme le dernier paragraphe de l'art. 106, C. com., qui traite « précisément du refus ou de la contestation pour la réception « des objets transportés; que par conséquent, cette disposition « doit s'appliquer à l'hypothèse prévue par les paragraphes pré« cédents. On peut ajouter que la loi a jugé convenable de pour« voir aux intérêts d'un malheureux voiturier, qui a le plus sou« vent besoin du prix de sa voiture, et qui aurait pu souffrir du « retard apporté dans le paiement, par suite d'une contestation « mal fondée de la part du destinataire. » — De même encore, l'auteur soutient que la prescription de l'art. 108, C. com., peut être opposée même aux non-commerçants. Nous ne connaissons

Digitized by Google

aucune décision de la doctrine sur cette question qui peut se présenter assez souvent dans la pratique, et qui est résolue par la jurisprudence dans un sens opposé à la solution donnée dans les *Répétitions écrites sur le Code de commerce.*

M. Rivière n'admet pas le système développé par MM. Delamarre et Lepoitevin, sur le caractère du contrat de commission. Il adopte la doctrine plus généralement professée, selon laquelle le commissionnaire est celui qui contracte pour le compte d'autrui, mais *en son nom.* Nous avons lu, dans le titre *des Commissionnaires*, des développements et des aperçus intéressants, notamment en ce qui concerne le privilége du commissionnaire (p. 151-160). L'auteur examine d'une manière particulière les trois systèmes qui ont été proposés sur la garantie à accorder au commissionnaire-acheteur, et il arrive à cette conséquence, qu'il y aurait dans la loi, à cet égard, une lacune que le législateur devrait combler.

Nous ne pouvons entrer ici dans de plus grands détails sur les principes exposés et les questions résolues dans cet excellent ouvrage.

Le titre *de la Lettre de change* renferme des développements assez étendus (p. 201-334). Nous y avons remarqué des aperçus nouveaux, notamment sur la forme de cet acte, les énonciations, l'acceptation par intervention, l'endossement, l'aval, le paiement, le rechange. M. Rivière expose sur le rechange les trois systèmes des auteurs, et rejette la théorie de M. Bravard, pour adopter celle de M. Vincens. — M. Rivière a consacré au *Droit maritime* des explications assez nombreuses (p. 335-472), à l'appui desquelles il invoque fréquemment les textes de l'ordonnance de 1681, et l'opinion des auteurs qui l'ont commentée. C'est avec juste raison, car les dispositions de notre Code de commerce ne sont le plus souvent, on le sait, que la reproduction de cette ordonnance, et les écrits des anciens auteurs ont dû servir souvent de guide aux rédacteurs de notre Code de commerce.

L'auteur explique ensuite le titre *des Faillites* (p. 473-594), dans lequel il expose avec soin les effets et les différentes procédures de la faillite. Le chapitre de la revendication contient des observations importantes. Enfin, le surplus de l'ouvrage traite de la *Juridiction commerciale* (p. 595-641). Il y a, dans cette dernière partie, et relativement à la compétence, des explications sur lesquelles nous regrettons de ne pouvoir insister.

Digitized by Google

En résumé, les *Répétitions écrites sur le Code de commerce* renferment (ce qui est assez rare) plus de choses que le titre n'en promet. C'est un travail sérieux, contenant des principes exacts, des doctrines fécondes et exposées dans un style toujours simple et facile. Non-seulement les étudiants, mais encore les personnes vouées à la pratique, pourront y puiser des notions utiles, saines et profitables. — Il est à regretter que M. Rivière n'ait pas cru devoir relater la date des arrêts qu'il invoque, ou dont il combat la décision. Mais c'est là une légère imperfection, que l'on oublie facilement en présence des qualités par lesquelles son œuvre se recommande.

FL. MIMEREL,

Docteur en droit, avocat au conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

ERRATA.

Il s'est glissé dans l'article de M. Laferrière, contenu dans notre dernière livraison, quelques erreurs typographiques. Les voici avec leur rectification :

A la page 143, ligne 5, avant : *ne peut se référer*,	mettre :	CELA ne peut, etc.
Même page, note 2, au lieu de *Tourraine*,	—	*Touraine.*
Page 147, note 2, au lieu de *pais*,	—	*pays.*
Page 151, ligne 13, au lieu de *mouvance*,	—	de LA mouvance.
Id. ligne 29, au lieu de : *les* provinces,	—	*ces* provinces.
Page 152, ligne 17, au lieu de *nulni*,	—	*nului.*
Page 153, note 1, ligne 5, au lieu de *reginem*,	—	*regimen.*
Id. id. id. au lieu de *pertinentii*,	—	*pertinentiis.*

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des arrêts rapportés par les recueils dans les principaux cahiers d'août 1853.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

I. *Substitution ; aïeul ; petit-fils.* — L'aïeul ne peut pas grever de restitution son petit-fils donataire, même au profit de ses enfants nés ou à naître.

II. *Société d'acquêts.* — *Bénéfices de communauté.* — La communauté n'est réduite aux acquêts qu'autant que du contrat de mariage il résulte bien que toutes les autres valeurs sont exclues de la communauté. — En cas de séparation de biens, on ne peut exécuter la clause qui donne au survivant les bénéfices de communauté.

III. *Dot ; rapport ; compte courant.* — Quand le mari a passé la dot de sa femme en compte courant avec son beau-père, ses enfants n'en doivent pas moins le rapport, et le mari survivant ne peut poursuivre le paiement sur la succession bénéficiaire avant partage ou liquidation. — Distinction pour les intérêts.

IV. *Glaces.* — *Immeubles.* — Nouvelles réflexions sur les dangers de la jurisprudence qui immobilise les glaces d'appartement.

V. *Résolution conventionnelle.* — Elle a effet contre les tiers, après l'exigibilité de la dette, si elle est faite sans fraude. — Les opinions de MM. Toullier et Duranton n'y sont pas contraires, comme on le dit.

VI. *Paiement avec subrogation.* — *Action résolutoire.* — Si celui qui a payé par subrogation un prix de vente peut exercer l'action résolutoire contre le débiteur. Dissentiment avec la jurisprudence.

I. — Cassation, Ch. civ., 29 juin 1853. — Dev. et Car., 53, 2, 520. — Pal., t. II, de 1853, p. 165. — Rien de plus certain que la décision de cet arrêt. Je le remarque ici, parce que c'est, je pense, la première fois que la chambre civile de la Cour de cassation ait eu à se prononcer sur la question.

Depuis l'abolition, opérée par la loi du 11 mai 1849, de la lo du 17 mai 1826, permettant à toutes personnes de disposer avec charge par le donataire de rendre les biens reçus à un ou plusieurs de ses enfants nés ou à naître jusqu'au deuxième degré inclusivement, on est rentré sous l'empire des art. 1048 et 1049 du Code Napoléon, et *l'aïeul* qui donne aujourd'hui la portion disponible de ses biens *à son petit-fils*, ne peut le grever de substitution au profit des enfants de celui-ci, même nés et à naître.

Digitized by Google

Certes, une loi qui permettrait à l'aïeul, ayant perdu ses enants du premier degré, de substituer au profit de ses arrière-petits-fils, les biens disponibles qu'il donne à son petit-fils, père des appelés, ne serait pas censurée par l'opinion publique.

Mais cette loi n'existe pas; mais les substitutions sont prohibées; mais les dispositions à charge de rendre aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement des donataires, permises aux père ou mère, et aux frères et sœurs, sont des exceptions à l'article 896; mais l'article 1048 ne les permet qu'aux père et mère envers leurs enfants, et non à l'aïeul au regard de ses petits-enfants; mais les lois qui prohibent les substitutions comme celles qui les permettent en de certaines limites, sont des lois civiles *arbitraires*. Et le principe « que les limites des lois civiles *arbitraires* ne doivent jamais être franchies par le juge, même sous prétexte d'équité, » doit être constamment respecté.

L'arrêt de la Cour impériale de Dijon, du 14 février 1851, qui a été cassé, est un chef-d'œuvre de rédaction en faveur de l'opinion contraire, et fait habilement ressortir toutes les raisons d'équité qui auraient pu faire accorder à l'aïeul la faculté que l'article 1048 n'a accordée précisément qu'aux père et mère.

Mais la Cour de cassation a tout fait rentrer sous le joug du texte : car, comme l'a dit Domat, *Traité des Lois, ch, XI, n.* 25, où il place la matière des *Substitutions* au nombre des lois *arbitraires*, « s'il est important de ne pas blesser l'équité naturelle « par des subtilités et de fausses conséquences tirées des lois « *arbitraires*, il faut prendre garde aussi que sous prétexte de « préférer les lois naturelles aux lois *arbitraires*, on n'étende « une loi naturelle au delà des justes bornes que lui donne une « loi *arbitraire*. »

Au surplus, la prohibition de substituer étant fondée sur cette raison d'ordre public, que les biens ne devaient pas rester trop longtemps hors du commerce, on doit se dire qu'ils resteraient plus longtemps hors du commerce, quand la faculté de substituer serait accordée à l'aïeul qui grèverait la seconde génération au profit de la troisième, au lieu de l'être au père, qui ne peut grever que la première au profit de la seconde seulement. L'esprit de la loi concorde avec le texte; et d'ailleurs, où la loi commande, le juge est esclave.

Les autorités pour et contre ont été soigneusement indiquées dans les Recueils, et je ne renvoie ici qu'à un compte rendu d'un

Digitized by Google

arrêt de la Cour de Paris, dans les mêmes principes que l'arrêt de cassation, *Revue critique*, t. Ier, p. 164, n° 5.

II. — Rejet, 1er juin 1853. — Pal., t. II, de 1853, p. 243. — Dev. et Car., 53, 1, 513. — Dal., 53, 1, 242. — D'abord, cet arrêt rejette le pourvoi contre l'interprétation donnée par la Cour de Rouen au contrat de mariage du sieur Pennetier. Celui-ci cherchait à déduire des diverses clauses du contrat, une communauté réduite aux acquêts pour soustraire au partage après séparation de biens les apports mobiliers qu'il avait faits : l'arrêt de Rouen, au contraire, a déclaré que, de l'ensemble du contrat, ne résultait pas une simple société d'acquêts, et que ce qui n'avait pas été spécialement désigné comme propre tombait dans la communauté pour être partagé.

Sur ce point, la Cour de cassation a posé deux principes :

1° L'intention de n'établir qu'une société d'acquêts peut résulter de *l'ensemble* des stipulations matrimoniales.

2° L'arrêt qui décide que de cet ensemble ne résulte pas une simple société d'acquêts, est à l'abri de la critique.

Sur la première proposition, hâtons-nous de dire qu'on a toujours jugé trop rigoureusement Merlin (mot *Réalisation*, § 1er, n. 2) et Toullier (t. XIII, n. 217). Ils ont dit, il est vrai, que la clause de rédaction aux acquêts ne résultait pas d'une phrase affirmative : il y aura société d'acquêts..... Il faudrait écrire, « il n'y aura que société d'acquêts. »

Les jurisconsultes qui leur ont répondu semblent croire que ces deux auteurs ont pensé que *la forme négative* était sacramentelle. Or, ce n'est pas là leur esprit. Si on leur avait présenté un contrat de mariage portant qu'il y aurait communauté; qu'il y aurait néanmoins séparation des dettes antérieures au mariage, et qu'on excluait de la communauté les meubles appartenant aux époux au temps du mariage, et le mobilier qui leur adviendrait par succession, donation ou autrement, Merlin et Toullier auraient répondu comme nous que la clause de réalisation était complète, et que la communauté se trouvait réduite aux acquêts, meubles et immeubles faits pendant le mariage [1].

Les deux dissertations de Merlin et de Toullier doivent se réduire à ce point : Quand le contrat porte « *il y aura société* d'ac-

[1] Voy., arrêt de Paris, du 3 janvier 1851, et l'opinion de M. Pont, *Revue critique*, t. III, p. 140.

Digitized by Google

quêts, » cela ne veut pas dire, il *n'y aura que* société d'acquêts : mais ni l'un ni l'autre n'a dit que les autres clauses du contrat de mariage ne pouvaient pas contenir *l'exclusion* que l'établissement de la société d'acquêts ne présentait pas.

Je crois, selon l'opinion commune, qu'ils sont même allés trop loin ; je veux seulement qu'on ne leur attribue pas d'avoir dit qu'il y avait des termes sacramentels pour limiter la communauté aux acquêts.

Je regarde l'arrêt de la Cour de cassation comme un bienfait, car tout ce qu'on a écrit sur la question depuis Toullier aurait égaré l'opinion et la pratique. On commençait à s'habituer à voir des sociétés d'acquêts dans les communautés modifiées. L'arrêt de Rouen et celui de la Cour de cassation viennent rectifier cette pente. Il n'y aura pas société d'acquêts, si on ne l'a pas dit formellement, quand de l'ensemble des autres clauses, il ne résultera pas *exclusion* de la communauté de *toutes* les valeurs qui y devaient légalement tomber ; et l'exclusion ne frappera que les valeurs clairement exprimées. C'est là la vraie manière d'entendre l'arrêt de Rouen, car, toute exclusion, toute réalisation est de droit étroit : sans quoi, il aurait été inutile d'instituer pour droit commun la communauté légale ; il n'y a pas de termes sacramentels ; mais il faut toujours que de l'acte résulte la volonté d'exclure de la communauté tout ce qui n'est pas acquêt.

Ce qu'on vient de dire justifie en même temps la seconde proposition résultant de l'arrêt.

Dans une autre partie, l'arrêt dit avec raison que ce qui est consenti en faveur de l'époux (par exemple, les bénéfices de communauté), ne trouve pas son application actuelle quand la dissolution s'opère par la séparation de biens, et qu'alors la communauté et ses bénéfices doivent être partagés, car la séparation de biens n'est pas alors la condition qui, seule, devait donner ouverture à l'attribution des bénéfices de communauté à l'un des époux.

III. — Cassation, 25 juillet 1853.... — Palais, t. II, de 1853, p. 216. — Dev. et Car., 53, 1, 740. — C'est encore un bon arrêt, eu égard surtout à notre époque où tout se déguise sous la forme commerciale, que l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans la succession du sieur Peurrière.

Celui-ci avait marié deux filles : madame Clesle, qui reçut 15,000 francs en dot ; madame Meyer, à qui 15,000 francs furent promis, mais non livrés. Le mari, commerçant, ouvrit un

Digitized by Google

compte courant à son beau-père, débiteur de la dot, comme s'il était créancier personnel à partir de 1826, époque du mariage; aux termes d'usage dans le commerce, il capitalisait les intérêts, et se trouva ainsi créancier en 1850, de la succession de son beau-père, mort en 1848, d'une somme de 51,340 fr. 10 centimes.

Profitant de cette position, il demanda le paiement de cette somme sur l'actif de la succession, comme créancier personnel. Les enfants de la dame Clesle (fille première dotée), héritiers sous bénéfice d'inventaire de leur aïeul, M. Peurrière, s'opposèrent à ces poursuites, en prétendant que la dot était rapportable à la succession : Meyer, qui aurait pu scinder son droit et se porter comme mari créancier personnel du défunt pour les intérêts de la dot, courus pendant le mariage jusqu'au jour du décès du père constituant, aima mieux être créancier par compte courant du tout, et son système fut accueilli par le tribunal de Roanne et par la Cour de Lyon : mais la Cour de cassation vit, avec raison, dans cette forme commerciale, un moyen d'éluder la loi sur les rapports, et cassa l'arrêt en ce qu'en condamnant les héritiers Peurrière à payer dès lors à Meyer, une créance dont le principal élément était la constitution dotale de la femme, sans attendre les opérations relatives à la liquidation et au partage de la succession, cet arrêt avait expressément violé les articles 829, 843 et 849 du Code Napoléon.

Deux remarques à l'occasion de cette décision judiciaire.

La première, qu'il ne faut pas l'appliquer à la demande des intérêts de la dot, *constante matrimonio*. Dans l'espèce la Cour a dû casser l'arrêt; mais s'il y avait eu une distinction dans la demande et dans les décisions entre les intérêts acquis au mari au cours du mariage et ceux courus depuis la dissolution, la condamnation sur les intérêts acquis *constante matrimonio* n'aurait pas souffert la cassation.

La seconde, qu'il serait à désirer que dans ces arrêts d'espèce, les laborieux rédacteurs des recueils de jurisprudence fissent des efforts pour donner connaissance des particularités : si le mariage était sous le régime dotal ou sous celui de la communauté; s'il y avait eu décharge de la dot et novation du créancier..... Les arrêts n'ont de portée réelle qu'autant que les espèces en sont bien connues.

IV. — Rejet, 11 mai 1853. — Dev. et Car., 53, 1,570. — Avis donné aux notaires, avis donné aux parties qui vendent des maisons dans lesquelles se trouvent des *statues* placées autrement que

Digitized by Google

dans des niches pratiquées exprès pour les recevoir, des *tableaux* qui ne font pas corps avec la boiserie, des *glaces* enfin qui n'y sont pas encastrées, *d'exclure formellement* par le contrat ces divers objets de la vente de l'immeuble.

Avis donné aux syndics de faillite de s'opposer formellement aux cahiers des charges pour la vente sur saisie immobilière des maisons du débiteur commun, tant qu'un article spécial n'aura pas exclus de la vente immobilière les glaces, tableaux, statues et autres ornements qui *décoreront* les maisons, sans les signes exigés par l'art. 525.

Avis aux testateurs, qu'il ne leur suffit plus d'instituer un légataire du mobilier, pour que celui-ci puisse revendiquer les glaces, statues, tableaux et autres ornements placés d'une manière différente de celle exigée par l'art. 525 du Code Napoléon.

Dorénavant, et jusqu'à ce que par un retour salutaire sur elle-même la jurisprudence soit rentrée dans la première application qu'elle faisait du texte et de l'esprit de l'art. 525, la prudence exigera que les contrats, les cahiers des charges, les testaments contiennent des clauses exclusives de ces objets.

Jusque-là, que les parties se gardent d'agir sans être assistées d'un conseil qui connaisse la difficulté et soit en état de l'écarter. Les marchés arrêtés rapidement par acte sous seing privé, les testaments olographes courront le danger d'être interprétés autrement que ne le voudrait cet art. 525, quoique le plus souvent les testaments et les sous seings privés soient faits en l'absence de tout conseil.

L'arrêt ci-dessus indiqué vient de déclarer que l'art. 525, § 2, est *simplement énonciatif, et qu'il appartient aux tribunaux* de rechercher, si d'après d'autres circonstances que celles indiquées dans l'art. 525, § 2, les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, quoique ne faisant pas corps avec les boiseries.

Il ajoute trois raisons de fait : 1° que les glaces ont été achetées pour faciliter la location de l'immeuble exploité eu hôtel garni ; 2° que les glaces étaient nécessaires, eu égard aux habitudes des habitants du quartier, pour maintenir et augmenter le prix de location ; 3° que le cahier d'enchères ne contenait aucune clause indiquant aux enchérisseurs que les glaces qui se trouvaient dans les lieux n'étaient pas comprises dans l'adjudication.

Aucune de ces trois raisons de fait n'a de portée.

Digitized by Google

S'il n'y a de glaces immobilisées que celles encastrées dans les boiseries (et à mon sens l'art. 525 ne dit pas autre chose) celui pour qui ou sur qui on fait la vente n'est pas tenu d'exclure de la vente immobilière ce que le texte de l'art. 525 en exclut de plein droit.

Qu'importe qu'eu égard aux habitudes du quartier les glaces soient nécessaires, non *ad instruendam domum*, mais pour MAINTENIR ET AUGMENTER le prix de location ? Le vendeur d'un immeuble *vend le fonds immobilier;* il ne vend ni ne garantit le revenu futur ; il n'est tenu *ni de le maintenir ni de l'augmenter*. Qu'on demande au vendeur d'un fonds d'hôtel garni de livrer des glaces, qui, n'étant pas encastrées dans les boiseries, sont présumées comprises dans la vente du fonds d'hôtel garni, cela va de droit, eu égard aux habitudes de ceux qui logent en garni dans le quartier de la Chaussée-d'Antin. Mais le droit est contraire, quand c'est l'immeuble même qu'on vend ; car le vendeur de la maison ne vend pas d'hôtel garni.

Enfin, qu'importe qu'antérieurement les glaces aient été achetées pour faciliter la location de l'immeuble exploité en hôtel garni ? J'ai déjà dit *qu'on exploitait* un fonds d'hôtel garni, mais *qu'on n'exploitait pas* une maison, si cette maison n'était elle-même une usine *exploitable*, comme une brasserie, une féculerie, une tannerie, etc... Le locataire peut *exploiter* un fonds de commerce, un café, un hôtel garni ; mais le propriétaire, non : il jouit de sa maison, et en donne la jouissance à bail, pas autre chose. Or, de ce que le propriétaire en achetant les glaces de son précédent locataire a trouvé qu'il lui serait plus facile de louer les lieux à un autre maître d'hôtel garni, peut-on en conclure qu'il a immobilisé les glaces, si la loi ne le dit pas ? Pas plus, selon moi, qu'il n'aurait immobilisé les meubles meublants, si dans le même but, il avait acheté tous les meubles meublants de l'hôtel, pour qu'ils demeurassent en place, et que la location fût meilleure.

Plaçons-nous dans une autre hypothèse. J..., propriétaire, achète toutes les glaces non encastrées de son locataire, maître d'hôtel garni ; puis devient maître d'hôtel dans sa propre maison.

Plus tard, il vend à A..., qu'il place dans les lieux, son fonds d'hôtelier avec tous les meubles meublants qui se trouvent dans la maison. Il n'y a pas d'état du mobilier, A... étant sur le champ entré en jouissance.

Le même jour, il vend à B... sa maison telle qu'elle se poursuit

Digitized by Google

et comporte, occupée par A.., maître d'hôtel garni. Il n'y est pas parlé de glaces.

A qui appartiendront les glaces non encastrées dans les boiseries? sera-ce à A..., acquéreur du fonds d'hôtel garni exploité dans les lieux et de tous les meubles meublants qui le composent? Sera-ce à B...., auquel J.... a vendu une maison occupée par un maître d'hôtel?

Selon moi, pas de doute : A... sera propriétaire de toutes les glaces non encastrées, en vertu de l'art. 534 du Code Napoléon; B..., propriétaire seulement de celles qui feront corps avec la boiserie, en vertu de l'art. 525, § 2.

Il faudra bien recourir aux textes et s'y renfermer, quand on verra J... prétendre contre tous avoir droit aux glaces, à cause du prétendu silence des contrats; A... invoquer l'art. 534, et la généralité des termes du contrat de vente des meubles meublants, et B... appeler à son aide la jurisprudence nouvelle sur l'art. 525, dans laquelle on n'a pas encore vu double revendication par l'acquéreur de l'immeuble et par celui de tous les meubles meublants!... Ne serait-il pas plus prudent de ne pas attendre l'espèce, et d'examiner de nouveau la portée des textes?

Ici, je cesse de parler des moyens de fait pour exprimer mon vif regret de ce que les travaux si dignes d'éloges de la Cour de cassation auront pour effet de diminuer son influence.

Sur un arrêt de Bourges, jugeant comme l'arrêt de Paris l'a fait depuis, la chambre des requêtes avait rejeté le pourvoi, mais en réservant son droit d'apprécier si l'intention résultait des faits. — La Cour de Paris a répondu dans son arrêt du 4 août 1852 : « *Il appartient aux tribunaux....* » Et la chambre des requêtes de révoquer sa doctrine, et de dire aujourd'hui : « *Il appartient aux* « *tribunaux* de rechercher s'il est évident, etc. » N'est-ce pas là enlever à la Cour de cassation l'examen du texte législatif?

S'il appartient aux tribunaux de rechercher l'évidence du fait et d'en conclure à l'immobilisation des glaces, on est réduit à se demander, pourquoi la Cour de cassation a-t-elle examiné les moyens de fait? Elle n'a rien à examiner là où elle tient pour souverain l'examen du juge du fait.

Pour moi, quand la question est de savoir si les glaces sont meubles ou immeubles, je ne peux pas y voir une question de fait; je n'y vois qu'une question de droit civil. Il s'agit d'une exception aux art. 528 et 534. Il s'agit d'une qualité fictive d'un

Digitized by Google

bien contrairement à sa nature. Or, les exceptions comme les fictions ne peuvent être établies que par des textes. L'art. 525, § 2, est donc une loi arbitraire. Les lois arbitraires doivent être appliquées telles qu'elles sont écrites. Il n'appartient ni au juge du fait ni au juge du droit d'y rien changer. La raison en est simple : les lois arbitraires sont écrites pour couper court à des procès nombreux. Abandonner les textes, c'est semer des procès.

Certes, je ne veux pas répéter ici ce que j'ai dit avec les développements que mérite la matière dans une dissertation sur l'*immobilisation des glaces d'appartements*, *Revue crit.*, t. III, p. 24; mais je ne puis m'empêcher de signaler ici les causes d'erreur : on ne peut trop combattre pour la vérité.

La première cause d'erreur est dans la confusion que font beaucoup de personnes entre les douze premiers alinéa de l'article 524, et le treizième. Or, il est certain que si le onzième alinéa parle des pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes, il ne parle que de ceux *qui ne sont pas attachés* à l'immeuble. Ces douze premiers alinéa ne parlent que de l'immobilisation morale. Si pareils objets étaient attachés au fonds (ce qui arrive souvent) ils seraient immeubles par accession physique, aux termes de l'art. 525 et non en vertu de l'art. 424.

Or, de cette confusion d'idées, résulte qu'on est porté à ne pas faire de différence entre la première partie de l'art. 524 « *placés* » écrite pour l'accession purement morale, et le dernier alinéa « *attachés au fonds à perpétuelle demeure*, » qui parle de l'immobilisation par incorporation physique.

La seconde cause d'erreur est dans la proximité d'une question d'intention contractuelle avec la question abstraite sur la nature de la chose. Je puis dire à mon vendeur : « Vous m'avez vendu votre maison, et l'*intention commune*, lors de la vente, a été de comprendre les glaces dans le prix. » — Je puis lui dire encore : « Vous m'avez vendu votre maison, et la vente d'une maison comprend celle des glaces qui y sont attachées. » Ce sont là deux questions bien différentes : la première est toute de fait, toute d'intention commune ; un commencement de preuve par écrit ferait admettre la preuve par témoins, et même sans commencement de preuve, la question pourrait être décidée par l'interrogatoire des parties ou par le serment. Mais la seconde question, *la glace est-elle meuble ou immeuble?* est de droit seulement : c'est une question étrangère à l'intention commune : c'est du droit

Digitized by Google

pur; et sur cette question abstraite, l'interrogatoire ni le serment ne seraient pas admissibles : donc, la question doit se décider par la force du texte.

La troisième cause d'erreur est dans la fausse pensée qu'il faut appliquer par la jurisprudence la loi civile, aux cas qu'elle n'a pu prévoir lors de sa confection... « Il s'agit ici d'un point de fait, « nous dit M. Demolombe, dans son excellent tome IX, p. 184; « d'une question de volonté, d'une question de destination de « la part du propriétaire. Or, le législateur ne pouvait pas d'a- « vance prévoir et suivre à travers les années, les variations de « l'industrie et des habitudes sociales; c'est donc se conformer à « sa pensée que de l'appliquer aux habitudes nouvelles et aux « nouveaux usages, lorsque ces usages et ces habitudes offrent, « d'ailleurs, une suffisante analogie avec ceux qu'il avait direc- « tement prévus; et c'est *toujours* une bonne interprétation, « quand elle est possible, bien entendu, que celle qui ne laisse « pas la loi en arrière et en dehors des mœurs et des habitudes « de la société qu'elle gouverne! »

C'est avec ces raisonnements brillants et cette chaleur décevante qu'on convertit les questions de pur droit en questions de fait, et qu'on fait passer aux uns les biens qui, d'après les lois, appartiennent aux autres. Les glaces peuvent être devenues une habitude des locataires, sans cesser pour cela d'être meubles. La loi, qui a voulu qu'elles appartinssent au légataire du mobilier quand elles n'étaient pas encastrées dans la boiserie, n'a pas été abrogée par l'abandon des boiseries, qui n'était pas imprévu lors de la publication du Code; enfin et toutes les fois qu'une loi sur la *qualité* des biens est limitativement établie, c'est au législateur, non aux tribunaux ni aux jurisconsultes à la changer ou la modifier. Car, jusque-là, ce n'est que dans les textes existants qu'un citoyen doit trouver la mesure de son droit.

V. — Bourges, 12 février 1853. — Dev. et Car., 53, 2, 444. — Dal., 53, 2, 175. — Quand l'acheteur d'un immeuble n'a pas satisfait à son obligation de payer le prix, qu'il est dans l'impossibilité de la remplir, et qu'il n'a fait que prévenir, par son consentement, les poursuites du vendeur, le contrat de résolution de vente fait à l'amiable entre le vendeur et lui, efface les charges et hypothèques qu'il avait imposées sur l'immeuble aussi efficacement que les aurait effacées la résolution opérée par jugement.

Telle est la doctrine de l'arrêt indiqué, et cette doctrine compte

Digitized by Google

déjà des précédents notables. Ainsi, le 30 août 1807, arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi dans l'espèce suivante : Gautherant était sous-preneur de Coens d'un moulin et dépendances, à titre de bail emphytéotique ; le bailleur originaire était Bouvier. Comme les redevances n'étaient pas payées, Gautherant consentit, par un traité fait le 24 février 1807, avec Bouvier, bailleur originaire, à se dessaisir en sa faveur du moulin et dépendances, tels qu'il en jouissait et que ses devanciers devaient en jouir. Coens prétendait que ce traité ne pouvait être qu'une cession et non une résolution qui effaçât ses droits sur l'immeuble. La Cour de Dijon jugea que pour éviter la résolution en justice à l'égard du bailleur primitif, Gautherant avait régulièrement consenti un traité devant lequel s'effaçaient les droits du sous-bailleur.

Autre arrêt de rejet du 10 mars 1836 : Un acheteur avait promis de payer, en trois termes égaux à la fin de 1830, 1831 et 1832, un immeuble acquis en 1828. Rien n'était payé au commencement de 1832, et la venderesse ayant assigné l'acquéreur à fin de résolution de la vente, celui-ci offrit de faire une résolution à l'amiable ; elle fut faite sous seing privé le 18 avril 1832, et déposée chez un notaire. Procès avec les créanciers hypothécaires du chef de l'acquéreur ; mais ils sont déboutés de leur demande par arrêt de la Cour royale de l'île Bourbon, qui ordonne radiation de leur inscription.

Il y a encore eu rejet dans cette troisième espèce : Le baron d'Iert avait vendu, en 1760, par bail à rente de 500 francs, au comte d'Hérouville, 706 mesures de terre. Celui-ci revendit plus tard au sieur Vandermey, moyennant un prix déterminé et à la charge de la rente de 500 francs. En l'an IX, Vandermey, qui n'avait payé ni le comte d'Hérouville ni le baron d'Iert, fit une transaction avec celui-ci, moyennant laquelle le vendeur originaire rentra dans la propriété des 706 mesures de terre. Les représentants du comte d'Hérouville demandèrent vainement à être réintégrés dans la propriété de ces terres sous l'offre de servir la rente, et après avoir succombé en première instance et en appel devant la Cour de Douai, la Cour de cassation repoussa leur pourvoi parce que la résolution d'un contrat de vente, à défaut du paiement du prix, peut être consentie par transaction comme elle serait ordonnée par jugement lorsque cause suffisante de résolution existe.

La différence qui existe entre ces trois espèces et celle de l'ar-

Digitized by Google

rêt de Bourges, me paraît consister en ce qu'il n'est pas contesté que lors de ce dernier arrêt il y ait eu demande en justice.

Cette différence est insignifiante; il faut dire que toutes les fois qu'il y a inexécution des obligations de l'acquéreur et que la résolution se fait conventionnellement elle s'opère *ex causâ primævâ et antiquâ, et ex necessitate pacti impressi in ipsâ rei traditione.*

On prétend que M. Toullier, tome VII, n° 551, et M. Duranton, tome XVI, n° 187, sont d'une opinion contraire. Aujourd'hui qu'on a réduit tous les auteurs en aphorismes dans des répertoires, on se dispense de lire les ouvrages, et on attribue à leurs auteurs des opinions qu'ils n'ont jamais professées.

M. Toullier a dit effectivement : « La résolution peut encore « se faire par le consentement mutuel des parties ; mais alors, « comme elle n'a point de cause nécessaire, c'est moins une réso- « lution proprement dite qu'une convention nouvelle qui ne peut « porter aucun préjudice aux droits acquis à des tiers. » Or, il est évident que M. Toullier, parlant ainsi au titre *des Obligations en général*, peut avoir parfaitement raison, s'il parle de la résolution opérée par le consentement commun, avant l'exigibilité des obligations prises par l'acheteur. A cette époque, la résolution conventionnelle n'a pas pour cause l'inexécution du contrat, et par conséquent la résolution ne s'opère pas *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Mais supposez qu'on eût demandé au savant Toullier s'il y avait cause nécessaire et forcée de résolution après l'exigibilité et quand l'acquéreur se trouvait en demeure et dans l'impossibilité de payer, nul ne peut douter qu'il n'eût répondu comme les arrêts.

Je crois qu'il en faut dire autant de l'opinion de M. Duranton : « Le mutuel dissentiment intervenu même avant toute tradition « quelconque des biens vendus et tout paiement du prix n'em- « pêcherait pas que l'acquéreur n'eût été propriétaire réel des « biens; il opérerait une revente, une rétrocession de ces mêmes « biens au profit des vendeurs ; il serait dû double droit de mu- « tation à la Régie ; les biens ne rentreraient dans les mains du « vendeur qu'affectés de l'hypothèque légale de la femme de l'a- « cheteur ou du mineur dont il a la tutelle, encore que la réso- « lution eût eu lieu le lendemain même de la vente. » N'est-il pas certain d'après la lecture de ce passage qu'il ne se rapporte en rien au point que nous examinons, et qu'on ne peut invoquer contre l'opinion commune ni M. Toullier ni M. Duranton ?

Digitized by Google

Il faut donc tenir pour certain que toutes les résolutions faites de bonne foi et sans l'intention de nuire à des tiers sont valables, et opposables aux tiers intéressés, toutes les fois que l'acquéreur se trouve dans une position telle que la résolution eût pu être prononcée en justice.

VI. — Paris, 30 juin 1853. — Dev. et Car., 53, 1, 481. — La subrogation conventionnelle opérée lors du paiement des deniers d'un tiers donne à ce tiers qui a payé ainsi tout ou partie du prix d'une vente, l'action résolutoire comme l'aurait le vendeur lui-même. Telle est la doctrine de cet arrêt.

Il n'est pas isolé. La note du recueil de MM. Devilleneuve et Carette en cite deux autres : l'un de Grenoble du 5 janvier 1826; l'autre de Bourges du 19 juin 1838. On peut y joindre un arrêt très-explicite d'Amiens du 9 novembre 1826 (S. 26, 2, 189 ; D. 26, 2, 49). Si l'on ouvrait les greffes, on en trouverait bien d'autres; c'est l'opinion générale. C'est aussi celle des auteurs modernes; je dirais presque sans exception.

Elle se fonde sur des motifs clairs et presque mathématiques :

L'art. 1249 parle de la subrogation *dans les droits* du créancier.

L'art. 1250, § 1°, parlant de la subrogation consentie par le créancier, dit qu'elle existe quand, au moment même du paiement, le créancier subroge le tiers dans *ses droits, actions, priviléges et hypothèques;* et le § 2°, en parlant de la subrogation consentie par le débiteur, dit qu'il emprunte à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur *dans les droits du créancier*. Or, dit-on, ces expressions sont générales et donnent à la subrogation par le débiteur le même effet qu'à la subrogation par le créancier payé (ce que je pense aussi malgré l'opinion de Renusson). Donc, la loi donne au subrogé par l'effet du paiement, non-seulement les priviléges et hypothèques attachés à la créance éteinte par le paiement, mais encore tous les droits et actions résultant du contrat primitif et par conséquent l'action résolutoire elle-même.

Ce raisonnement paraît exact, probant; il entraîne tous les esprits. Pour moi, je le crois trompeur; il a poussé les esprits dans une fausse route, et je crains que l'habitude ne soit longue à détruire.

Je ne fais pas cette note pour ceux qui ne voient dans la subrogation qu'une cession-transport : je l'écris pour les bons esprits qui savent que le paiement par subrogation est un paiement; qu'il produit une libération complète à l'égard du créancier primi-

Digitized by Google

tif; et que c'est par une fiction expresse de la loi que les droits du créancier passent au *negotiorum gestor*, qui paie pour le débiteur.

Je l'écris pour ceux qui savent que le mot *subrogation* n'est pas le nom d'un contrat particulier; que la subrogation est l'effet produit par certains contrats, qu'elle se mesure à la nature de l'acte qui l'enfante; qu'elle comprend tous les droits que le maître croit avoir sur la chose dans les contrats translatifs de propriété comme la vente, l'échange, la cession-transport, qu'elle ne s'étend qu'aux droits d'administration du maître dans les contrats pignoratifs, comme l'antichrèse et le gage. Ils en concluront certes que la subrogation que la loi ne définit nulle part peut avoir des effets moins étendus quand elle accompagne le paiement, que lorsqu'elle naît du transport de droits incorporels vendus tels qu'ils sont.

Je l'écris aussi pour ces esprits philosophiques qui, en donnant au titre *des Obligations* au Code civil toute l'application qu'il doit recevoir, réfléchissent cependant que c'est un recueil de préceptes généraux s'étendant aux divers contrats, même à ceux qui n'ont pas de titres dans le Code, et qu'en conséquence la généralité de ses préceptes, faite pour cadrer avec tous, a quelquefois besoin d'être tempérée par la nature des choses, par le contrat spécial et par l'équité.

Quelle est donc la nature du prêt? C'est, quoi qu'on en dise, un contrat de *bienfaisance*. On y permet l'intérêt; mais c'est un accident, et le prêteur n'a ou ne doit avoir, au temps du prêt, que l'intention de recouvrer la somme prêtée et les intérêts.

Quelle est la nature de la gestion d'affaires? C'est, quand elle est licite, un quasi-contrat de *bienfaisance*, par lequel on fait l'affaire d'un absent dans l'intention de recouvrer la somme payée pour lui, et les intérêts, comme si l'on eût été son mandataire.

Que pour sûreté de ce recouvrement légitime, celui qui a payé se soit fait subroger par le créancier ou par le débiteur (pour moi c'est la même chose), et qu'il ait les droits et actions du créancier, tant contre le débiteur que contre les cautions; qu'il ait le privilége du vendeur, son hypothèque, les hypothèques subsidiaires, les gages et antichrèses, la contrainte par corps, si elle est un accessoire de la créance (par exemple, quand l'acheteur de la terre est un étranger), tout cela est juste : on n'aurait pas prêté sans ces sûretés, et elles n'ont rien qui répugne ni au contrat de prêt, ni au quasi-mandat appelé gestion d'affaires.

Mais que moi, prêteur, j'apprenne que vous devez le prix ou

Digitized by Google

partie du prix d'un immeuble, et que, certain de votre impuissance de payer [1] au terme à fixer entre nous, je délie les cordons de ma bourse pour exercer à ce terme l'action résolutoire ; — ou bien que, sans mandat de vous, je m'adresse à votre vendeur, et qu'à titre de paiement de votre dette, non d'achat [2] de son droit, je requière de lui, non pas la cession de son titre de vente, mais la subrogation dans ses droits de créancier, et qu'ensuite j'aille, muni de cette subrogation, demander contre vous la restitution de l'immeuble par voie de résolution du contrat, n'aurez-vous pas à me répondre que j'agis contrairement à mes actes?..... En effet, si je suis votre prêteur, et si j'ai désintéressé votre vendeur, vous n'avez plus de dette envers lui; la subrogation ajoutée au paiement a bien pu conserver fictivement à mon profit tous les droits, priviléges et hypothèques attachés à la créance ; mais elle n'a pu faire de moi un vendeur, et si je ne suis que créancier, je n'ai pas le droit de revendiquer l'immeuble. Comme prêteur, il serait contraire à la nature, peut-être même à l'essence du contrat de prêt de sommes d'argent, que je stipulasse au moment du prêt le transport éventuel, à défaut de paiement, de la propriété d'un immeuble que sa culture et l'ascension progressive des valeurs réelles peut avoir fait monter bien au-dessus du prix de vente originaire; comme quasi-mandataire, il serait contraire à l'essence du mandat dont la gestion d'affaires emprunte ses règles, que le gérant convertît son paiement en une acquisition indirecte du bien dont son mandant est propriétaire au temps où le contrat se forme. Avec l'opinion commune, le prêteur serait un usurier, et le gérant d'affaires un intendant de comédie : et ces raisons sont assez fortes pour faire douter de la régularité de l'opinion commune.

Réfléchissons encore. Le vendeur a deux voies contraires et qui semblent l'une l'autre s'exclure, la demande en paiement,

1 Le lecteur judicieux remarquera bien que ma discussion ne porte pas sur l'espèce de l'arrêt. Un jugement peut être irrégulier en droit, et juste et équitable dans son espèce. Je ne doute pas que dans celle soumise à la Cour de Paris, les circonstances n'aient justifié la décision, et que la débitrice n'avait pas plus d'intérêt à la vente qu'à la résolution. Ce que j'examine, c'est la doctrine en elle-même.

2 Je n'entends pas décider ici la question de savoir si le cessionnaire d'un prix de vente a toujours le droit d'exercer l'action résolutoire : il me paraît l'avoir quand le cédant a exprimé qu'il vendait tous les droits qui lui appartiennent comme vendeur ; mais il peut résulter de la rédaction, que le droit de résolution soit exclus. Je n'ai pas à entrer ici dans cette théorie.

Digitized by Google

la demande en résolution. Quand il demande le paiement, il agit comme créancier, c'est évident..... Mais, quand il demande la résolution et qu'il revendique l'immeuble ; quand il ne veut plus être créancier, qu'il punit son débiteur infidèle en révoquant le contrat, faute par l'acheteur d'avoir fourni la preuve de l'obligation du vendeur, est-ce donc comme créancier qu'il agit ? Evidemment non ; il revendique comme propriétaire, par le défaut d'accomplissement de la condition sous laquelle il a vendu.

Or, on ne trouve pas dans la loi ces termes de l'arrêt : « Tous les droits..... ET hypothèques. » On y lit seulement : « LES droits, « actions, priviléges ou hypothèques du créancier *contre le débiteur*. » Ces mots de l'arrêt : « Tous les droits et actions *résultant du contrat primitif* » sont aussi DU COMMENTAIRE et non pas DU TEXTE.

Ceci paraît minutieux !... Il faut toujours l'être pour bien fixer le sens d'un texte.

Certes, je sais que *les droits* du créancier signifient la généralité des droits qu'il peut avoir ; je dis seulement que cette locution a moins d'emphase que *tous les droits*.

J'ajoute qu'en se bornant à l'article indicatif *les* et en disant *les droits et actions* du créancier, notre art. 1250 ne peut et ne doit parler que des droits qui lui appartiennent en sa qualité de créancier, et non pas de ceux qui lui peuvent appartenir quand il veut cesser d'être créancier et rompre le contrat.

Je sais toute la différence qu'il y a entre les actions rescisoires et l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix ; mais une comparaison devient ici nécessaire pour bien expliquer ma pensée. Il est certain qu'avant le délai de deux ans, la réception du prix d'une vente entachée de lésion énorme ne fait pas obstacle à la rescision pour cause de lésion ; que si l'erreur ou le dol n'ont pas été découverts avant le paiement ; que si la violence et la cause de crainte pèsent encore sur le vendeur, la réception du prix n'est pas une ratification de la vente. Or, je demande si le paiement avec subrogation d'un prix de vente viciée par la lésion, l'erreur, la violence ou le dol fait passer au tiers subrogé dans les droits du créancier, l'action en rescision qui compète à celui-ci ? Certainement non : car, ce n'est pas comme créancier de l'acheteur, mais comme vendeur lésé, trompé, violenté que ces actions appartiennent au vendeur ; elles ne font pas partie de la créance payée, elles y sont opposées ; elles feraient périr les droits de créance en détruisant la vente.

Digitized by Google

L'action résolutoire, tacitement ou expressément convenue, ne repose pas sur un vice du contrat, comme les actions rescisoires dont je viens de parler ; elle repose sur la faute d'une des parties, et sur la volonté de l'autre de détruire le contrat primitif. Telle est la différence qui existe entre l'action résolutoire et les actions en rescision ; mais la ressemblance est frappante sous tous les autres rapports. Elle détruit la vente, l'efface ; elle détruit dans le vendeur la qualité de créancier ; elle s'exerce sur la chose même, non contre l'acheteur ; elle annule, en un mot, le contrat. Il en est donc de l'action résolutoire comme des actions en rescision ; elle ne doit pas être comprise dans la simple subrogation faite au profit du tiers qui a payé de ses deniers.

Ainsi, quand le Code a dit : « *les droits et actions* » dans un article général embrassant toutes les hypothèses, il n'a pas dit « *tous les droits et toutes les actions,* » parce qu'il pouvait s'en trouver de particulières au subrogeant, parce qu'il pouvait s'en trouver qui convinssent à sa qualité personnelle, et ne convinssent pas à celle du subrogé.

Et il y avait une autre grande raison pour que le Code, tout en se servant de l'indicatif *les*, ne voulût pas employer l'universel *tous les*... C'est que souvent la subrogation est affectée dans ses effets par les circonstances. Elle l'est d'abord quand le paiement n'est que partiel, puisqu'elle ne peut nuire au créancier..... Le Code aurait donc fait une faute d'écrire : *tous les droits*..... puisqu'il voulait écrire plus tard une limitation.

La subrogation conventionnelle est de la même nature que la subrogation légale, et nous voyons que la subrogation légale est affectée dans ses effets par la qualité de celui qui fait le paiement. Ainsi le débiteur solidaire qui paie la dette commune est subrogé de plein droit, et pourtant la dette s'éteint pour sa part. Tous conviennent que s'il requérait la subrogation conventionnelle, il n'en serait pas plus riche, et ne pourrait demander autre chose que la moitié à son codébiteur..... la subrogation peut donc conférer *les droits du créancier*, mais elle peut *ne pas les conférer tous*. Le Code a fait sagement de ne pas se servir du mot TOUS, et pour raisonner juste, on est forcé de ne le pas introduire dans le raisonnement.

Pourquoi donc cette énumération « *les droits, actions, priviléges ou hypothèques du créancier contre le débiteur.* » pour dire toutes les sûretés accessoires à la créance ?

Digitized by Google

J'aperçois deux causes de cette rédaction.

La première, c'est que la subrogation conventionnelle par le créancier devant être expresse, les rédacteurs se sont servis de la phrase usuelle des notaires pour l'exprimer ; la seconde que le paiement pouvant s'appliquer à un titre paré, ou non paré, à une créance privilégiée ou non, à une créance soit chirographaire, soit hypothécaire, on a voulu se servir d'une phrase qui comprît tous les cas; et c'est pour cela qu'elle contient la disjonctive *ou*, et non la copulative ET. Il y a des subrogations par paiement qui ne confèrent ni privilége ni hypothèque.

Donc, il n'y a pas moyen de tirer des mots *les actions* cette conséquence qu'ils veulent dire tant l'action résolutoire que l'action personnelle. Ils signifient les actions résultant de la créance, et *non les actions résultant du contrat primitif* POUR DÉTRUIRE LA CRÉANCE.

En deux mots : les art. 1249 et suivants sont des principes généraux.

Ils doivent être entendus *secundùm materiam subjectam.*

Ils sont conçus en termes généraux, non en termes universaux.

La matière dont il s'agit est celle d'une délivrance de deniers au créancier à titre de paiement.

Les droits et actions qui profitent au payeur subrogé sont uniquement ceux qui peuvent subsister pour protéger le remboursement de la créance qu'il a payée pour autrui.

Cette subrogation est d'ailleurs de droit étroit, puisque, sans elle, l'accessoire de la dette se serait éteint comme la dette elle-même. C'est une raison de plus pour repousser l'opinion commune, quoique soutenue par tous les auteurs et par la jurisprudence.

Au surplus, cette difficulté et bien d'autres dépendent d'une question abstraite : Quand il y a paiement par subrogation, la créance du prêteur de deniers est-elle la créance ancienne, ou une créance nouvelle à laquelle viennent s'adjoindre, par la force de la loi, les droits, actions, priviléges ou hypothèques de l'ancien créancier? Je pense que la créance du prêteur ou du quasi-mandataire est une créance nouvelle; car autrement il n'y aurait pas eu paiement, mais achat sans garantie : ce qui n'est pas et ne peut pas être.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

DES DÉLITS CONTINUS,

AUTREMENT DITS SUCCESSIFS, ET DES DÉLITS D'HABITUDE,

Par **M. Ortolan**, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

1. Parmi les actions de l'homme, tant les bonnes que les mauvaises, il en est qui dès qu'elles sont accomplies, cessent par cela même, sans pouvoir se prolonger au delà ; d'autres, au contraire, même après leur premier accomplissement, sont de nature à se continuer, identiques à elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long, peut-être indéfini : or, si nous supposons des actions illicites, frappées comme telles par la loi pénale, nous en voyons naître deux catégories bien différentes de délits.

2. Ceux qui naissent des actions de la première sorte sont des délits terminés aussitôt que commis, comme, par exemple, les délits d'homicide, d'incendie, de coups ou blessures. Quel qu'ait été le temps employé à les préparer et à les exécuter, dès que l'exécution s'en achève ils s'accomplissent et prennent fin au même instant. Sous cette catégorie se rangent le plus grand nombre des délits.

Ceux qui naissent des actions de la seconde sorte bien qu'existant et accomplis du moment que l'action coupable a eu lieu, se continuent et se prolongent tant que l'action se continue et se prolonge elle-même ; ils n'auront pris fin que lorsque l'action aura cessé. Nous citerons en exemples le port d'armes contre sa patrie, la détention de munitions ou armes de guerre prohibées, les séquestrations illégales, la possession de faux poids ou de fausses mesures dans des lieux où elle est interdite, et tant d'autres encore. Quoique les délits de cette espèce ne soient pas en majorité, ils ne laissent pas d'être très-nombreux, comme nous le montrerons tout à l'heure.

3. Nous appellerons les premiers de ces délits, délits *instantanés*, et les seconds, délits *continus* ou *chroniques* (*continuatio delicti*). Ces derniers sont plus usuellement connus sous le nom de délits *successifs*. Cette dernière expression, qui nous vient de l'ancienne jurisprudence[1], a cela de bon qu'elle indique bien

[1] Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tom. I, p. 585, n. 56.

Digitized by Google

qu'à quelque moment que l'on considère l'agent, tant que dure l'action coupable, on le trouve en état de délit; mais elle a quelque chose d'inexact, en ce sens qu'elle semblerait dire qu'il y aurait dans le fait de cet agent comme une multitude de délits se succédant sans interruption [1]; tandis que n'y ayant qu'unité de but, de résolution et d'exécution, le tout ne forme véritablement qu'un seul délit plus ou moins prolongé. Voilà pourquoi nous préférons la dénomination de délit continu.

4. Ce que nous venons de dire des actions, peut se dire également des inactions érigées, par la loi, en délit de droit pénal. Si le devoir auquel il a été manqué par cette inaction, était un devoir instantané lui-même, consistant en un acte à faire à certaine époque marquée, comme, par exemple, celui de se présenter à heure dite à la cour d'assises pour y remplir les fonctions de juré ou celles de témoin, ou bien celui de faire dans un délai donné certaines déclarations à l'autorité (C. pén. art. 346, 347), le délit sera instantané. Si, au contraire, le devoir auquel il a été manqué était lui-même un devoir continu, se prolongeant pendant une durée plus on moins longue et peut-être indéfinie, comme, par exemple, celui d'éclairer les matériaux qu'on a entreposés ou les excavations qu'on a faites dans les rues ou places, celui d'obéir à la sommation émanée de l'autorité administrative, de réparer ou démolir les édifices menaçant ruine, celui de placer à l'extérieur des charrettes circulant sur la voie publique l'indication du nom du propriétaire (C. pén. art. 471, n. 4 et 5, art. 475, n. 4), et tant d'autres semblables, aussi longtemps qu'il n'est pas satisfait à un pareil devoir le délit se continue. Ainsi dans les délits instantanés comme dans les délits continus, il se rencontre tant des délits d'action que des délits d'inaction.

5. Il ne faut pas confondre l'action ou l'inaction constituant le délit, avec les suites qu'elle peut avoir, avec le mal qu'elle a pu produire. La personne homicidée ne sera plus rappelée par nous à la vie, les objets incendiés sont détruits pour toujours, la mutilation d'un membre est irréparable, la maladie que des coups ou blessures ont occasionnée sera plus ou moins longue, le volé ne reverra de longtemps, peut-être plus jamais, la chose qui lui

[1] C'est bien ainsi, même, que l'expression est interprétée communément. « Dans ces sortes de crimes, dit Jousse, *loco citato*, on peut dire qu'il s'en commet un nouveau à chaque instant. »

Digitized by Google

appartient : qu'a-t-il fallu pour produire de tels effets? L'acte d'un moment. La continuité du mal n'empêche pas les délits d'homicide, d'incendie, de coups ou blessures, de vol et tant d'autres, d'être des délits instantanés.

6. L'ancienne jurisprudence criminelle avait bien une distinction qui se référait sous un certain rapport aux conséquences, aux vestiges matériels que peut laisser après lui le délit : elle appelait délit de fait permanent (*facti permanentis*), le délit dont il reste des traces physiques, comme l'homicide, l'effraction, l'incendie, et délit de fait passager ou transitoire (*facti transeuntis*) celui dont il ne reste aucune trace matérielle, comme les injures verbales, l'adultère, le vol sans effraction ni signe apparent[1]. Mais cette division, relative à la procédure, quant à ce qui touche aux moyens de prouver l'existence du délit, est étrangère à celle dont nous nous occupons ici, et ne doit pas être confondue avec elle.

7. Le délit continu étant un délit unique, il ne peut y avoir qu'une seule pénalité encourue, qu'une seule poursuite : cela est ici incontestable. Mais la durée plus ou moins longue de ce délit, c'est-à-dire le temps plus ou moins long pendant lequel le délinquant y aura persévéré est un élément à prendre en considération dans la mesure de la culpabilité.

Quelquefois cette considération sera assez importante pour influer sur la culpabilité absolue, et pour devenir l'objet d'une disposition expresse du législateur; c'est ainsi que notre Code pénal a édicté des peines bien différentes contre la détention ou séquestration illégale de personnes, suivant que cette détention ou séquestration a duré moins de dix jours, de dix jours à un mois, ou plus d'un mois. (Art. 341, 342, 343).

D'autres fois cette considération restera livrée à la seule appréciation du juge, dans la mesure qu'il est chargé de faire de la culpabilité individuelle, suivant la latitude du *maximum* ou *minimum* qui lui est laissée à cet égard.

8. Une autre conséquence de la continuité des délits a trait à la prescription, dont le cours ne pourra pas évidemment commencer tant que le délit continu n'aura pas pris fin.

9. Il suit de ces différences qu'il est fort important, dans la pratique, de savoir si un délit est continu ou non, et comme la

[1] Jousse, tom. I, p. 9, n. 11. Tom. II, p. 19 et suiv. — Renazzy, *Elementa juris criminalis*, liv. III, chap. IV, n. 7.

Digitized by Google

réponse dépend de la nature particulière de chaque délit, c'est à propos de chacun d'eux, par conséquent dans la partie spéciale du droit pénal, que cette réponse doit venir. Il est un grand nombre de délits à l'égard desquels aucun doute ne s'élèvera. Ainsi, pour nous borner à des exemples pris dans notre législation positive : porter les armes contre la France, porter publiquement un costume, uniforme, ou décoration auxquels on n'a pas droit, porter des armes prohibées; retenir un commandement militaire contre l'ordre du gouvernement, ou l'exercice de fonctions publiques dont on est révoqué, ou bien un prisonnier sans mandat ou dans des lieux autres que ceux déterminés pour cet usage; tenir rassemblée, après l'ordre du licenciement, une troupe qu'on commande, tenir une maison de jeu de hasard, une maison de prêt sur gages sans autorisation; entretenir une concubine dans la maison conjugale; avoir en sa possession une imprimerie clandestine, des poudres, munitions ou armes de guerre, de faux poids ou fausses mesures dans son magasin; exposer en vente des comestibles gâtés, exposer des images contraires aux bonnes mœurs; laisser sans nécessité sur la voie publique des choses qui l'embarrassent ou tous autres objets qu'il est défendu d'y laisser exposés; se tenir en état de réunion séditieuse, d'attroupement ou d'association illicite, d'association de malfaiteurs, de vagabondage : voilà des actions qui constituent d'après notre loi pénale des délits, et qui par leur nature sont susceptibles de se prolonger, de se continuer, identiques à elles-mêmes, pendant un temps plus ou moins long; ce qui continue par conséquent l'état de délit [1], sans compter, dans nos lois spéciales, nombre de contraventions de police, soit correctionnelle soit simple, qui sont dans le même cas.

10. Mais à l'égard de plusieurs délits des incertitudes sérieuses se présenteront. Sans entrer dans l'examen des espèces particulières, nous nous proposons de donner ici les indications générales qui pourront servir à les lever.

11. Presque toujours ces incertitudes viendront de la difficulté de discerner quel est véritablement le fait qui constitue le délit. Est-ce le premier acte d'exécution seulement, acte instan-

[1] On peut voir, dans notre Code pénal, les art. 75, 76 et 77, 93, 96, 98, 120, 122 à 125, 197, 207 et 208, 259, 265 et 266, 269 et 270, 287, 291, 314, 339, 341 à 343, 410, 411, 460, 471 nos 4, 5, 6 et 7, 475 nos 4 et 14, 479 no 5.

Digitized by Google

tané, qui cesse au moment où il s'accomplit ; ou bien est-ce le fait de persévérer dans l'état qui en est résulté, lequel peut durer plus ou moins de temps ?

Ainsi, dans le vol, (C. pén. art. 379) est-ce la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, est-ce la possession ? La soustraction est instantanée, la possession est continue. De même dans la bigamie (art. 340), est-ce le fait de contracter mariage étant encore engagé dans de pareils liens, est-ce celui de vivre en cet état de mariage nul avec le conjoint qu'on s'est ainsi donné ? Dans l'évasion d'un détenu (art. 245) est-ce le fait de s'être soustrait à la détention par bris de prison ou violence, ou bien celui de se maintenir hors de prison après qu'on en est sorti ?

Dans le recel fait sciemment de choses enlevées, détournées, ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit (art. 62), d'espions ennemis (art. 83), de personnes coupables de crimes punis de peines afflictives (art. 248), du cadavre d'une personne homicidée (art. 359), est-ce le fait de recevoir, de cacher, au moment où on les reçoit, ces choses ou ces personnes, ou bien celui de les garder ainsi cachées ?

Dans le complot (art. 89 et 91) est-ce le fait d'avoir entre deux ou plusieurs personnes, concerté et arrêté la résolution d'agir, ou bien le fait d'avoir persévéré dans cette résolution collective ?

Enfin dans l'enlèvement, entraînement, détournement ou déplacement de mineurs par fraude ou par violence (art. 354), est-ce le fait d'avoir à l'aide de la fraude ou de la violence opéré ce déplacement ou celui d'y persévérer ? Dans l'enlèvement ou le détournement fait par un homme, sans fraude ni violence, d'une fille au-dessous de 16 ans (art. 356), qui se nomme encore chez nous usuellement *rapt par séduction*, est-ce le fait d'avoir, à l'aide de la séduction, déterminé cette jeune fille à vous suivre, ou bien le fait d'avoir continué à la tenir ainsi éloignée des personnes à l'autorité desquelles elle est soumise ou des lieux où ces personnes l'avaient placée ?

De tous ces faits, les premiers sont instantanés, les seconds sont continus. Lesquels constituent le délit ? Lesquels la loi pénale a-t-elle eu en vue de frapper ?

12. Pour décider la question, consultez d'abord attentivement les termes de la loi dans la définition que cette loi donne du

Digitized by Google

délit : souvent l'examen de ces termes ne laissera plus de place au doute.

Joignez-y, au besoin, cette considération que dans les faits ainsi complexes et présentant à tour de rôle un double caractère, c'est le premier acte, l'acte d'exécution qui contient la lésion la plus grave du droit; celui pour lequel la détermination coupable a été prise en pleine possibilité encore d'éviter le délit; celui qui offre le plus de résolution, le plus d'audace ou de détours dans le mal, par conséquent le plus de culpabilité. Après ce premier acte accompli, les choses sont faites, la ligne du mal est franchie, il y a moins d'effort à rester dans l'état ainsi produit, il en faudrait un au contraire pour en sortir. Ce qui prouve qu'à moins de raisons particulières bien déterminantes, c'est dans l'acte même d'exécution que doit consister le délit et non dans le fait postérieur et continu d'avoir persévéré dans l'état produit par ce premier acte.

Faites enfin cette réflexion, que dans la plupart de ces cas, le premier acte, l'acte d'exécution étant un fait actif, un fait instantané, la suite n'offre plus guère chez l'agent qu'un rôle passif, ou du moins une action d'une toute autre nature. Le délit, si on le place dans ces faits postérieurs, sera moins d'avoir fait que de n'avoir pas fait : délit de n'avoir pas restitué la chose volée; de n'avoir pas fait opérer la dissolution de son mariage entaché de bigamie, en en faisant prononcer la nullité; de n'être pas venu se remettre en prison; de n'avoir pas fait reprendre par ceux de qui on la tient, ou livré à l'autorité la chose recélée; de n'avoir pas expulsé ou livré à l'autorité la personne à qui on avait donné asile : on voit combien la situation est différente de celle des délits véritablement continus, dans lesquels c'est l'action elle-même qui se prolonge, après son premier accomplissement, toujours identique à elle-même.

13. Après ces réflexions, et à la lecture seule des articles de notre Code pénal, il sera facile de voir que les délits de vol, de bigamie, d'évasion de détenus, sont des délits instantanés et non des délits continus. (Art. 379, 340, 245).

14. Quant au recel, nous croyons que la solution doit varier suivant les cas. Le recel consiste véritablement dans l'acte de céler, de cacher, afin de les soustraire aux recherches de l'autorité, des choses, ou des personnes. L'acte de cacher, c'est-à-dire de placer, de déguiser ou transformer une chose ou une personne

Digitized by Google

de manière à ce qu'elle puisse échapper à la vue, aux recherches, est un acte par lui-même instantané, mais très-facilement susceptible d'être renouvelé, complété par de nouveaux actes qui viennent se joindre aux premiers, d'une manière suivie, toujours au sujet de la même chose ou de la même personne, et afin de parvenir au but désiré. Si après le premier acte par lequel la chose ou la personne a été cachée le recéleur n'a plus eu qu'un rôle passif; par exemple, il a été enfouir le cadavre dans son jardin, enterrer les objets dans sa cave, il a fait fondre l'argenterie et l'a transformée en un lingot qu'il a vendu ou placé dans une armoire secrète; il a conduit la personne dans une retraite ignorée, fût-ce dans une propriété, dans une maison à lui, et il ne s'en est plus occupé ! on ne pourra pas dire que tant que le cadavre reste enfoui dans ce jardin, les objets enterrés dans cette cave ou déposés dans cette armoire, la personne abritée dans cette retraite, le délit de recel continue. Il en sera autrement s'il y a eu des actes successifs, de nouveaux déplacements, de nouveaux déguisements ayant toujours le même but, parce que chacun de ces actes suffirait seul pour constituer le recel. Ce n'est pas l'acte passif de tenir, de garder caché, c'est l'acte même de cacher, acte d'un rôle actif, susceptible d'être répété à diverses fois et de diverses manières, qui constitue le délit. C'est donc en fait, par l'appréciation des actes mêmes qui ont eu lieu, que la jurisprudence pratique devra juger de la continuité ou de la non-continuité du délit. La question n'est pas de savoir si c'est au moment où les choses ont été offertes, au moment où la personne s'est présentée qu'elles ont été cachées, ou bien si c'est postérieurement : la question est de savoir si elles l'ont été à un moment quelconque, et si elles l'ont été par un seul acte terminé aussitôt que commis, ou par des actes réitérés, qui se sont suivis dans le même dessein. On conçoit qu'à l'égard du recel des personnes , ce dernier cas soit plus fréquent à se présenter.

15. Nous donnerons une solution analogue en ce qui concerne le complot. Le complot consiste dans le fait actif d'avoir concerté et arrêté entre deux ou plusieurs personnes la résolution d'agir (C. p. art 89), et non dans le fait purement passif de persévérer dans cette résolution collective. Il est donc en lui-même un délit instantané. Mais, si l'on suppose, comme il arrivera fréquemment, de nouvelles délibérations, un nouveau concert, et de

Digitized by Google

nouvelles résolutions d'agir arrêtées, par exemple présentation de nouveaux membres avec lesquels la résolution d'agir a été de nouveau arrêtée, fixation de l'époque où on agira, distribution des rôles dont chacun promet de se charger, tous ces actes successifs, ayant chacun en particulier les caractères mêmes du complot, mais liés l'un à l'autre par l'unité de but et de conception, continuent le même délit. La question de continuité ou de non-continuité est donc encore une question de fait à apprécier suivant les actes qui ont eu lieu. Si des actes de préparation ou d'exécution ont suivi, on tombe dès lors dans un autre délit, celui de complot suivi d'actes préparatoires (art. 89), ou celui du crime même qui a été exécuté.

16. Quant à l'enlèvement de mineurs par fraude ou par violence, et quant au rapt par séduction, tels que notre Code pénal a défini ces délits (art. 354 et 356), la difficulté est plus grande. Le rapt, dans l'ancienne jurisprudence, était généralement et sans hésitation mis au nombre des délits continus, parce qu'on le considérait comme consistant « non pas seulement dans l'enlève- « ment, mais encore dans la détention de la personne ravie[1]. » C'est en suivant cette idée et en conservant le mot de rapt, qui n'est plus celui de notre texte, que nombre de nos criminalistes ont été portés à maintenir dans notre jurisprudence pratique la même décision. Malgré la juste autorité qui s'attache à leur nom, et les motifs de douter, nous nous rangeons à l'opinion de ceux qui décident en sens contraire.

On peut voir, en passant de notre ancienne jurisprudence au Code pénal de 1791 (2e part., tit. II, sect. 1, art. 31), et de celui-ci au Code actuel, combien l'incrimination à ce sujet a changé depuis. Notre Code l'a précisée : le délit qu'il définit est celui de l'enlèvement, entraînement, détournement ou déplacement, actes d'exécution qui ne peuvent se confondre avec celui de persévérer ensuite dans l'état qui en est résulté. Cela devient plus évident lorsque le Code ajoute, comme alternative, l'acte de faire enlever, entraîner, détourner ou déplacer (art. 354). Encore faut-il, dans le cas de l'acticle 354, que ces actes aient eu lieu par fraude ou par violence ; c'est là une condition constitutive, une condition *sine quâ non* du délit ; or cette fraude, cette violence sont particulièrement propres au fait même de

[1] Jousse, tom. I, p. 585, n. 56.

Digitized by Google

l'enlèvement, à l'exécution : on aura corrompu les gens de service, on aura pris une fausse qualité, on aura employé la force physique pour opérer cet enlèvement ; n'en est-il pas ici comme de la possession de la chose volée, comparée à l'acte même de la soustraction frauduleuse ou du vol avec violence, par lesquels est obtenue cette possession ?

Je sais bien qu'après l'enlèvement ou le détournement d'une personne, l'inquiétude des parents est bien plus grande que celle d'un propriétaire après le vol d'une chose matérielle ; que l'incertitude sur le sort de cette personne est bien plus alarmant ; et que ces raisons ont pu déterminer notre ancienne jurisprudence à considérer le délit comme se continuant tant que la personne enlevée n'est pas rendue à sa famille ; mais notre Code, tout en bornant le premier délit à l'enlèvement ou détournement, n'a pas laissé les faits ultérieurs sans répression pénale. En effet si l'on suppose qu'après avoir employé la violence pour l'enlèvement, le ravisseur l'ait employée encore pour la détention, ou que les faits soient tels qu'on puisse dire que cette personne a été privée de sa liberté, alors on tombe dans un délit nouveau et tout autre, celui de la détention ou séquestration illégale (art. 341 et suiv.) ; de même que si l'on suppose des attentats aux mœurs commis contre la personne enlevée, on tombe dans des crimes spéciaux que ces actes peuvent constituer (art. 331, 332) : l'esprit de notre Code ayant été, non pas de comprendre et de réunir ces divers délits dans celui de l'enlèvement qui en est distinct, mais de les discerner chacun à part, comme le veut la nature même des choses, suivant les faits qui ont eu lieu.

Des raisons analogues, et d'autres particulières encore, amèneront la même solution pour le *rapt par séduction*, ou, en termes plus exacts, pour l'enlèvement ou détournement dont il s'agit dans l'article 356 du Code pénal.

17. Plusieurs autres difficultés se présentent à propos des délits de faux, dans les diverses variétés que peuvent offrir ces délits, et elles se résoudront par les mêmes principes. Qu'il s'agisse de faux en matière de monnaies, sceaux de l'Etat, effets publics, billets de banque, poinçons, timbres, marques, écritures authentiques ou privées, passe-port, feuille de route, certificats (art. 132 et suiv.), ou abus de blanc-seing (art. 407), peu importe : les difficultés proviendront de ce qu'on ne distinguera

Digitized by Google

pas suffisamment la fabrication, de l'usage. La fabrication du faux est un délit instantané ; l'usage peut être instantané, comme dans le fait de donner en paiement une pièce de monnaie qu'on sait être fausse (*émission* de monnaies fausses, art. 133), ou continu, comme dans le fait de la part d'un changeur d'exposer en échange des monnaies qu'il sait être fausses (*exposition* de monnaies fausses, même art. 133), ou dans celui d'exposer en vente des marchandises qu'on sait être marquées de faux poinçons ou de fausses marques au nom du gouvernement (art. 140 à 142). Si donc la loi pénale a érigé en délit cet usage, il constituera dans le premier cas un délit instantané et dans le second un délit continu. De telle sorte que tout se réduit à apprécier en fait, dans chaque cause, de quelle sorte d'usage il s'agit : est-ce d'un usage instantané ou d'un usage continu ?

18. La continuité des délits, indépendamment de celle que nous venons d'examiner, peut se produire d'une autre manière différente, qu'il est nécesaire de signaler à part. La continuité qui précède est une continuité pour ainsi dire physique, matérielle, celle d'une seule et même action non interrompue, identique à elle-même, et durant un temps plus ou moins long. Or il peut se faire qu'il y ait une continuité morale, unissant en un seul et même délit divers actes séparés, dont un seul aurait suffi pour constituer spécialement le délit, mais qui ont été répétés plusieurs fois, pendant un temps plus ou moins long, afin d'atteindre au même but. Tel serait, par exemple, le cas de celui qui voulant dévaliser une maison, ou un appartement, voulant voler le blé ou le vin qui se trouve dans un grenier ou dans une cave, soustrairait et emporterait ces objets en divers voyages successifs ; tel encore le cas de celui qui, dans une même scène de violence, porte des coups répétés, ou fait coup sur coup plusieurs blessures à la personne qu'il a assaillie ; ou celui du faux monnayeur qui, ayant fabriqué un faux moule, coule et frappe dans ce moule, en une même série d'opérations, plusieurs pièces de fausse monnaie ; ou encore les crimes prévus par notre Code pénal, de pratiquer des machinations ou manœuvres, d'entretenir des intelligences ou des correspondances coupables contre la France, avec les puissances étrangères ou ennemies (C. pén., art. 76, 77, 207 et 208).

19. Bien qu'il y ait, en des cas pareils, divers actes chacun instantané et chacun suffisant pour constituer le délit, ces actes

Digitized by Google

ne forment pas cependant autant de délits distincts et réitérés ; l'unité de conception, de résolution et de but les relie en un seul et même délit qu'on peut qualifier de délit continu ou successif.

20. C'est dans cette sorte de continuité que pourrait venir se ranger, suivant la manière dont les faits auront eu lieu, le recel et le complot, ainsi que nous l'avons expliqué ci-dessus (nos 14 et 15) ; et même l'usage d'un faux poinçon, d'un faux timbre ou d'un acte faux, par exemple d'un faux passe-port, d'une fausse feuille de route. Il pourra arriver, en effet, que cet usage, sans être continu physiquement et par sa propre nature, comme le serait l'exposition (ci-dess. no 17), reçoive des faits ce caractère de continuité morale.

21. Cette sorte de continuité accidentelle forme la transition qui conduit du délit simple au même délit plusieurs fois réitéré. C'est au juge à apprécier, d'après les circonstances, si plusieurs faits ayant été commis, il y a entre eux un tel caractère d'unité morale qu'il ne faille y voir qu'un seul délit continu; ou bien si chacun de ces faits constitue le même délit autant de fois répété. Dans le premier cas il n'y a, sauf l'aggravation de culpabilité, qu'un seul droit de poursuite, qu'une seule prescription à partir du dernier acte ; tandis que dans le second cas, il y aurait plusieurs pénalités encourues, sauf à combiner ces pénalités suivant le système prescrit par la loi, plusieurs droits de poursuite, et plusieurs prescriptions, ayant chacune leur point de départ et leur cours distinct.

22. La considération des faits dont un délit peut se composer, nous amènera, étant poussée plus loin, à une autre division des délits, voisine de celle qui précède, quoiqu'elle en soit différente. Tandis que dans la plupart des cas, même dans ceux dont il vient d'être question, un seul fait ayant les caractères marqués par la loi pénale suffit pour qu'il y ait délit, de telle sorte que la pluralité de ces faits n'est qu'une modalité accidentelle qui peut se présenter ou ne pas se présenter; dans d'autres cas, au contraire, cette pluralité forme une condition *sine quâ non* du délit. Il arrive, en effet, quelquefois, par exception, que le législateur n'a pas voulu frapper pénalement un fait isolé, mais qu'il a attendu pour y voir un délit la réunion d'un certain nombre de faits du même genre, dénotant chez l'agent une habitude vicieuse, et faisant naître dès lors un intérêt de répression pour la société. Tels sont chez nous les délits : « de se livrer *habituellement* à

Digitized by Google

l'usure[1]; » ou d'attenter aux mœurs « en excitant ou facilitant *habituellement* la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans » (C. P., art. 334). Dans cette catégorie se rangent aussi avec quelques légères nuances de distinction, le délit de ceux « qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent *habituellement* un logement, un lieu de retraite ou de réunion » (C. P., art. 61); et le délit des « mendiants d'*habitude* valides » dans les lieux où il n'existe point de dépôt de mendicité (C. P., art. 275). Telle encore l'habitude d'ivresse, dans les législations qui l'ont pénalement réprimée. Ces sortes de délits se nomment délits *collectifs*, ou délits d'*habitude;* tandis que ceux à l'égard desquels un seul fait isolé est suffisant pour former le délit se nommeront, par opposition, délits *simples*.

23. Quel sera le nombre de faits nécessaire pour constituer le délit collectif? Si le législateur l'avait marqué lui-même, appliquant la peine après le deuxième fait, par exemple, ou après le troisième, ou après tout autre nombre, il n'y aurait qu'à suivre ses prescriptions. Mais si le législateur n'a rien ordonné sur ce point, se bornant à punir l'*habitude* ou les faits commis *habituellement*, c'est à la jurisprudence à apprécier dans chaque affaire, si l'habitude existe, si l'on est autorisé à dire de l'inculpé qu'il a commis habituellement les faits poursuivis. Cette appréciation ne saurait être la même pour tous; elle doit ressortir des éléments divers de chaque cause. Il pourra se faire que deux faits suffisent, rapprochés de l'ensemble des documents fournis par le procès, du caractère et des précédents démontrés à la charge de l'inculpé, pour donner au juge la conviction qu'il y a chez cet inculpé, habitude; tandis que d'autres fois un plus grand nombre de faits sera nécessaire pour opérer cette conviction.

Notre jurisprudence pratique a même conclu de la manière

[1] Lois du 3 septembre 1807, art. 4; et du 19 décembre 1850, art. 2. — La nécessité de l'habitude d'usure pour constituer le délit, a été maintenue malgré la proposition contraire, lors de la délibération de cette dernière loi dans l'Assemblée législative. Mais cette habitude n'est plus exigée pour constituer le délit en récidive, lequel résultera d'un seul fait nouveau d'usure, si ce fait nouveau d'usure est survenu dans les cinq ans de la première condamnation. (Art. 3.)

Digitized by Google

dont est rédigé l'article 275 de notre Code pénal, qu'à l'égard des mendiants d'habitude valides la poursuite peut être assise même sur un seul fait de mendicité constaté, et que pourvu que l'habitude ressorte aux yeux du juge des divers autres éléments du procès, cela suffit pour la condamnation. Quelque chose d'analogue doit être appliqué au délit de l'article 61 du Code pénal, le fait de fournir logement ou lieu de retraite pouvant avoir par lui-même une sorte de continuité suffisante pour constituer le délit d'habitude dont il est ici question. Tandis qu'à l'égard des délits d'habitude d'usure ou d'habitude d'excitation à la débauche, cette même jurisprudence pratique exige au moins deux faits constatés pour qu'il puisse y avoir base légale à la poursuite et à la condamnation.

Ainsi, cette appréciation, en fait, de l'habitude, varie non-seulement dans chaque cause, mais encore dans chaque espèce de délit.

24. Est-il nécessaire qu'il y ait eu pluralité de victimes, ou bien sera-t-il permis aussi de voir le délit d'habitude dans des faits qui se seront reproduits à diverses fois, mais toujours contre la même personne?

Remarquez d'abord que tous les délits collectifs ne sont pas susceptibles de cette question : ainsi le délit d'habitude d'ivresse, dans les législations qui le répriment, le délit de fournir habituellement logement ou lieu de retraite à des malfaiteurs, dans les termes de l'art. 61 de notre Code pénal, même le délit d'habitude de mendicité, dans les termes de l'art. 275, n'y peuvent donner occasion. — Peu importe sans doute que ce soit aux mêmes malfaiteurs ou à des malfaiteurs différents qu'il ait été fourni habituellement logement ou lieu de retraite, que ce soit à la même personne ou à des personnes différentes que le mendiant d'habitude valide ait demandé l'aumône : mais ce n'est pas là ce qu'on entend par victime du délit.

A l'égard des délits dans lesquels la question peut se présenter, tels que l'habitude d'usure, l'habitude d'exciter, de favoriser ou faciliter la débauche ou la corruption de la jeunesse, au-dessous de vingt et un ans, remarquez encore que la question d'habitude est une question personnelle à l'agent : on la déplace lorsqu'on en veut poser les éléments dans la personne lésée. — C'est chez l'agent qu'existe l'habitude, c'est en lui qu'elle dénote un vice persistant, une immoralité usuelle, d'où résulte un plus grand

Digitized by Google

danger pour la société : or ces caractères se rencontrent, que l'agent ait multiplié ou non le nombre de ses victimes, du moment qu'il a multiplié le nombre des faits coupables. Nous posons donc en principe rationnel et général que la diversité des victimes n'est pas une condition nécessaire pour l'existence du délit collectif; il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que le législateur eût textuellement exigé cette nouvelle condition, ou que la nature particulière du délit la commandât par exception. Rien de pareil ne se rencontre dans notre droit positif au sujet des deux sortes de délits d'habitude que nous venons de citer : nous y appliquerons donc sans hésiter la règle générale.

Seulement, il est important de ne pas confondre avec la pluralité des faits, condition essentielle pour l'existence du délit collectif, une particularité qui est de nature à se présenter quelquefois, lorsqu'il n'y a qu'une seule victime, celle d'un fait unique et continu quoique divisé en plusieurs actes. Ainsi, par exemple, un homme en prêtant une somme d'argent se fait promettre des intérêts usuraires : voilà un fait d'usure instantané. Nous ne considérons pas ce fait comme se prolongeant de lui-même et d'une manière continue tant que dure l'obligation. Mais à chaque échéance, le créancier touche les intérêts usuraires par lui stipulés : voilà de nouveaux actes qui viennent se joindre au premier, et dont chacun serait suffisant à lui seul pour constituer un fait d'usure. Néanmoins, comme ils se rattachent tous au contrat primitif dont ils ne sont que l'exécution, comme ils sont tous liés par l'unité de conception et de but, nous ne verrons dans la réunion qu'ils forment qu'un fait d'usure unique et continu (non pas continuité physique, mais continuité morale, ci-dessus, n° 18), et dès lors nous dirons que les éléments multiples d'un délit collectif n'existent pas. Supposez, au contraire, que l'échéance du capital étant survenue, le créancier renouvelle le prêt avec son débiteur aux mêmes conditions, ou bien qu'il fasse, toujours au même débiteur, un second prêt à des conditions usuraires aussi : voilà de nouveaux actes d'usure distincts du premier, la pluralité des faits existe, le délit d'habitude peut s'y rencontrer.

25. Les délits collectifs ont cela de singulier, qu'étant composés d'un certain nombre de faits dont la réunion seule forme le délit, il est impossible de dire d'aucun de ces faits considéré isolément qu'il soit un délit; d'où plusieurs difficultés relatives : — à l'action civile, lorsque ce sont des personnes différentes qui ont été

Digitized by Google

lésées par chacun de ces faits; — à la juridiction compétente, lorsque ces faits se sont passés chacun en des ressorts différents; — enfin à la prescription, lorsqu'il s'agit de savoir si chacun de ces faits est ou n'est pas susceptible d'être couvert isolément par la prescription. Ce sont des difficultés qu'il nous suffira de signaler ici, le but de cet article ayant été uniquement de chercher à bien déterminer les caractères de ces sortes particulières de délits, et non d'entrer dans le détail des conséquences qui peuvent en dériver.

ORTOLAN.

DE LA DISTRIBUTION PAR CONTRIBUTION

EN CAS DE CONCOURS DE CRÉANCIERS SAISISSANTS AVEC UN CESSIONNAIRE.

Par M. Philippe Flamm, avocat du barreau de Varsovie.

1. Exposé de la question.
2. Énumération des neuf systèmes qu'elle a fait naître.
3. Réfutation de ces systèmes et renvois.
4. Cause de dissidences.
5. Examen de la position et des droits du cessionnaire et des saisissants postérieurs et antérieurs au transport, en cas de concours sur le même fonds.
6. Résumé. Formule d'un nouveau système et les quatre opérations qu'elle rend nécessaires.
7. Solution de plusieurs espèces d'après la même formule.
8. Conclusion.

I. — Le transport d'une créance sur un tiers, qui est valable entre le cédant et le cessionnaire par la seule remise du titre, ne l'est vis-à-vis des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation qu'en fait ce dernier dans un acte authentique.

Dans un autre ordre d'idées, les créanciers du débiteur commun concourent sur ses biens, et par conséquence aussi sur les créances que celui-ci peut avoir sur d'autres au marc le franc, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence, telles que les priviléges et les hypothèques.

Il arrive souvent que ces deux principes entrent en concurrence et alors, aussi simples et clairs qu'ils soient considérés et

Digitized by Google

appliqués isolément, ils donnent lieu à de graves difficultés.

Ainsi, pour employer l'espèce usitée, Pierre vient de céder à *B.* une créance sur Paul de 3,000 fr. ; au moment où *B.* fait les diligences nécessaires pour valider son acquisition à l'égard des tiers, il trouve la créance déjà saisie à la requête de *A.*, créancier de Pierre pour 1,500 fr. ; enfin, après la signification ou l'acceptation du transport, la même créance se trouve nouvellement saisie par *C.*, créancier de Pierre pour 1,500 fr.

Il s'agit donc ici de savoir comment sera distribuée la créance sur Paul ; quelles parts respectives seront assignées aux cocréanciers *A.* et *C.*, ainsi qu'au cessionnaire *B.*

II. — Cette question a divisé et divise encore la jurisprudence et la *doctrine* ; elle a été reprise dans la présente Revue par deux fois (voir les *Dissertations* de M. Marcadé, tome II, p. 717 ; et de M. Vielle, tome III, p. 113) ; et elle est résolue différemment d'après neuf systèmes en contradiction mutuelle.

1° Le *premier* système appartient à la jurisprudence : il procède de deux arrêts rendus en 1814 et en 1820, décidant que la cession ne vaut que comme créance, même à l'égard des saisissants postérieurs à cette cession ; de sorte que les tiers ayants droit doivent être admis à concourir au marc le franc sur la somme à distribuer.

2° Le *deuxième* système est celui de M. Duvergier et consiste à n'accorder aucun effet à la seconde saisie, ni vis-à-vis du cessionnaire, ni vis-à-vis du premier saisissant.

3° Des arrêts de 1832, 1835, 1837 et 1839, ont créé un *troisième* système établi sur les propositions suivantes :

La cession ne peut valoir contre le premier saisissant que comme saisie ;

Le second créancier a le droit de concourir avec le premier saisissant sur le dividende, que celui-ci eût acquis en ne concourant qu'avec le cessionnaire, considéré lui-même comme créancier ;

Le premier créancier a droit de se faire indemniser par le cessionnaire du préjudice que lui causerait la saisie postérieure et ce, pour la totalité de la somme, dont le concours de ce dernier l'allait priver.

4° M. Zachariæ a modifié ce système en réduisant le montant de l'indemnité accordée au premier saisissant contre le cessionnaire par la troisième proposition du système précédent, à ce que le premier créancier eût eu s'il avait concouru avec le second sai-

Digitized by Google

sissant et avec le cessionnaire, considéré lui-même comme créancier, et non pas à ce qu'il eût eu, en ne concourant qu'avec ce dernier.

5° M. Mourlon a proposé un *cinquième* système, suivant lequel la saisie postérieure est nulle et non avenue quant au cessionnaire ; de sorte que ce dernier peut prendre tout ce qu'il eût pris, s'il n'eût concouru qu'avec le premier saisissant.

6° M. Marcadé accorde au cessionnaire un droit d'option, en vertu duquel il a le choix de figurer dans le partage ou comme cessionnaire, ou comme créancier, selon que son intérêt est d'être traité dans l'une ou dans l'autre de ces deux qualités.

Au premier cas il partagera avec tous les saisissants la créance saisie au marc le franc.

Au second cas, le cessionnaire prendra tout ce qui excède le montant de la saisie précédente ; tandis que cette dernière somme sera distribuée entre le saisissant antérieur et le saisissant postérieur, non pas au marc le franc, mais en donnant au premier tout ce qu'il eût eu si le cessionnaire n'avait été lui-même qu'un créancier saisissant et le surplus seulement au dernier.

7° M. Vielle mentionne dans sa *Dissertation* déjà citée deux autres systèmes. — Le premier de ces systèmes et le *septième* dans l'énumération que je donne, appartient à M. de Villeneuve et consiste à attribuer au premier saisissant ce qu'il aurait touché s'il n'y avait pas eu de transport, et en ne tenant aucun compte du cessionnaire qu'il ne place même pas au rang de simple créancier.

8° Le second système cité par M. Vielle et le *huitième* dans l'énumération que je fais, est celui de la Cour de la Guadeloupe.

Cette Cour consacre implicitement le système de M. de Villeneuve, en abandonnant toutefois au juge l'appréciation des faits de négligence relativement à chaque saisissant postérieur au transport, de sorte que les uns pourraient être admis au bénéfice de répartition égalitaire et les autres en être exclus.

9° Enfin M. Vielle propose lui-même un nouveau système de distribution, qui se trouve être le *neuvième* dans mon énumération.

Selon M. Vielle, le siége de cette matière est dans l'article 1242 du Code et non dans les articles 2093 et 2094. L'article 1242 est applicable au transport comme au paiement ; la saisie-arrêt laisse

Digitized by Google

disponible la partie de la dette qu'elle ne frappe pas, et le paiement ou le transport est irrévocable. — Mais réciproquement il ne peut pas préjudicier au premier saisissant. — C'est donc le dernier qui doit supporter la perte qui en résulte.

III. — Ainsi neuf systèmes contraires entre eux ont surgi de cette question [1].

J'ai cru devoir les passer ici en revue, parce qu'ils forment en quelque sorte l'historique de la question.

Je vais maintenant examiner si parmi les systèmes précités il y en a un seul qui tranche la question d'une manière juridique et exacte. La négative me paraît incontestable.

La fausseté du premier et du deuxième système a déjà été prouvée par M. Marcadé; je renvoie le lecteur à la discussion qu'en fait ce jurisconsulte distingué.

Le troisième système fut le premier pas vers la vérité, comme l'observe à juste titre M. Marcadé; et M. Zachariæ s'en approcha encore plus, en rectifiant le calcul de l'indemnité, attribuée au premier saisissant sur le contingent du cessionnaire.

Mais M. Zachariæ s'est arrêté à mi-route; sa théorie donne même à l'auteur de l'*Explication du Code civil*, l'occasion de lui reprocher qu'elle conduit à donner souvent trop au cessionnaire, au préjudice du dernier saisissant et *vice versâ*.

1 Le tableau suivant présente d'un coup d'œil les différences de calcul des systèmes cités plus haut. Je n'ai pas placé le résultat arithmétique du septième système, parce que les données que signale M. Vielle ne me suffisent pas pour compter d'une manière exacte les parts du cessionnaire *B.* et du saisissant postérieur *C.* Je présume cependant que dans ce système *A.* touchera 1500 fr., *B.* 1000 fr., *C.* 500 fr. Les raisons pour lesquelles je ne donne pas le calcul du système de la Cour de la Guadeloupe sont palpables. Il est inutile d'ajouter que j'opère sur l'exemple cité au commencement.

CRÉANCES des INTÉRESS S.	Ier SYSTÈME.	IIe SYSTÈME.	IIIe SYSTÈME.	IVe SYSTÈME.	Ve SYSTÈME.	VIe SYSTÈME.	IXe SYSTÈME.
A. 1500 fr.	750 fr.	1000 fr.	1000 fr.	750 fr.	750 fr.	750 fr.	750 fr.
B. 3000	1500	2000	1500	1750	2000	1500	1875
C. 1500	750	0	500	500	250	750	375
6000	3000	3000	3000	3000	3000	3000	3000

Digitized by Google

Le cinquième système (celui de M. Mourlon) est avec juste raison réfuté par M. Marcadé.

Le septième et le huitième système (je vais parler du sixième tout à l'heure) sont évidemment faux, la critique qu'en fait M. Vielle suffit à les réfuter.

S'il me paraît incontestable que le système de M. Zachariæ est parmi tous les systèmes énumérés ci-dessus, celui qui approche le plus de la vérité et qu'il ne lui manque que l'application d'un principe auxiliaire pour en faire la vérité tout entière, il me paraît également incontestable que la théorie de M. Marcadé, qui a formé le sixième système, recule bien loin derrière celle de M. Zachariæ, et par conséquent derrière la vérité elle-même.

En effet, la proposition sur laquelle M. Marcadé appuie sa théorie, à savoir : que le cessionnaire ne doit pas faire valoir en même temps sa qualité de créancier et de cessionnaire, pour être ensuite payé deux fois dans la somme à distribuer, mais qu'il ne doit prendre que l'une ou l'autre ; cette proposition est inexacte, ainsi que je vais le démontrer plus loin.

En second lieu, je dois observer que tous les systèmes précédents, aussi iniques ou bizarres que soient les résultats numériques dont ils sont susceptibles, ont du moins, à l'exception du huitième système, le mérite incontestable d'offrir une règle fixe et invariable pour calculer les parts des cointéressés.

M. Marcadé se jette dans une voie bien différente pour offrir au cessionnaire un droit d'option entre l'exercice des deux qualités prémentionnées.

Or, il est constant que c'est ajouter à la loi (tandis qu'il s'agit d'en appliquer les vrais principes), que d'imaginer un droit d'option qui n'est écrit nulle part; qui n'est justifié par aucune analogie et qui n'étant jamais sans embarras pour le cessionnaire a toujours pour résultat de blesser les droits des cointéressés, les uns au profit des autres.

Il ne me reste qu'à dire quelques mots sur la théorie de M. Vielle.

Cet auteur déplace, comme je l'ai déjà dit, le siége de la question qui est dans les articles 2093 et 2094 du Code, pour le retrouver dans l'article 1242.

Or, il serait inutile de démontrer que ce dernier article, bien qu'il indique la conduite que le tiers saisi doit garder vis-à-vis de l'opposant, c'est-à-dire, qu'il doit bien s'abstenir de faire aucun paiement à son créancier sous peine de payer de nouveau au sai-

Digitized by Google

sissant, cet article, dis-je, ne permet nullement de considérer le paiement fait par le tiers, pour la somme qui excède la cause de la saisie, comme irrévocable vis-à-vis des saisissants survenants, ainsi que le croit à tort M. Vielle ; d'ailleurs, il serait inexact de tirer conséquence du paiement au transport, pour pouvoir appliquer la règle de l'article 1242 aux obligations du débiteur de la créance cédée envers le cessionnaire, lesquelles obligations sont régies par des dispositions spéciales.

Il est également inexact d'admettre avec le même auteur, d'une part une espèce de privilége, ou d'irrévocabilité en faveur du premier saisissant, pour proscrire d'autre part en quelque sorte les créanciers tardifs, et faire de leur négligence une raison pour les priver du bénéfice d'égalité établi en l'article 2093 du Code.

Enfin, les exemples mêmes, cités par M. Vielle, prouvent que son système n'est susceptible d'aucune formule déterminée, dont la nécessité est manifeste dans une matière, où il s'agit de donner des règles nettes et certaines, pour faire le calcul des dividendes dans de diverses données.

IV. — Ainsi il est constant, qu'aucun des systèmes ci-dessus énumérés ne résout la question d'une manière satisfaisante.

Faute d'avoir bien examiné et médité les diverses situations, que produit le concours du cessionnaire avec des créanciers antérieurs et postérieurs au transport, faute d'avoir apprécié les droits qui appartiennent à chacun d'eux dans ce contact d'intérêts opposés, les jurisconsultes qui ont travaillé la matière ne sont pas arrivés à un résultat conforme aux principes.

Et néanmoins, quelque graves que soient les difficultés devant lesquelles la solution exacte de la question a fui jusqu'ici, elles ne sont cependant qu'apparentes.

En effet, il ne s'agit point de créer des principes : les principes sont là ; il importe de les appliquer et même, pour mieux dire, il ne reste plus, après la théorie de M. Zachariæ, qu'à achever une œuvre commencée.

V. — J'aborde la matière et je commence par étudier la position et les droits des cointéressés dans ce concours si compliqué.

Un créancier pratique une saisie-arrêt sur les fonds de son débiteur, lesquels se trouvent chez un tiers. — Par ce moyen il les fait mettre sous la main de la justice et acquiert du moment même de la saisie le droit d'être payé sur les sommes arrêtées. — Son débiteur ne saurait empêcher l'exercice de ce droit, et

Digitized by Google

toutes les obligations qu'il contracterait envers d'autres, n'auraient pour effet que de diminuer le dividende du premier saisissant, d'une manière proportionnelle au montant des dettes.

De là aussi on est arrivé à reconnaître que la cession que ce débiteur ferait au profit d'un tiers, d'une créance saisie déjà antérieurement, ne peut valoir envers le premier saisissant que comme une saisie proprement dite, de sorte que celui-ci ne peut être privé par la survenance du cessionnaire du droit de concourir avec le dernier sur la somme arrêtée, au marc le franc.

L'application du principe posé en l'article 2093 du Code, faite ainsi, me paraît incontestable.

Quelle est la position, et quels sont les droits du cessionnaire ?

Il faut distinguer ici deux cas : il n'existe qu'un concours du cessionnaire avec un saisissant antérieur ; ou le cessionnaire se trouve dans un concours simultané avec des saisissants antérieurs et postérieurs au transport. (A peine est-il utile de dire que je suppose un transport validé selon l'art. 1690 du Code.)

Au premier cas, le cessionnaire ne peut être considéré envers le premier saisissant que comme simple créancier, ainsi que je viens de l'exposer tout à l'heure ; toutefois, cette proposition est vis-à-vis du cessionnaire une pure fiction, qui découle néanmoins du même principe, lequel admet les saisissants au bénéfice de concourir au marc le franc sur la créance saisie, avec toutes sortes d'ayants droit du débiteur commun, postérieurs à la première saisie.

Au second cas, le cessionnaire, supposé que le montant de la première saisie est inférieur à celui de la créance, reprend ou plutôt conserve sa qualité de cessionnaire à l'égard des créanciers postérieurs au transport, pour tout ce que la première saisie laisse de cessible dans la créance. — Je m'explique :

La cession d'une créance vaut à l'égard des saisissants postérieurs à la signification ou à l'acceptation comme une cession pleine et efficace, et non pas comme une saisie ; c'est parce qu'elle a pour effet envers ces mêmes saisissants de soustraire au domaine du débiteur commun la créance cédée ; cette proposition s'appuie sur l'article 1690 du Code.

Or, l'existence accidentelle d'un saisissant antérieur n'est point un motif pour priver le cessionnaire de cet avantage vis-à-vis du saisissant postérieur ; seulement, dans ce cas, la cession d'une part ne vaudra cession à l'égard de celui-ci, que pour ce qui ex-

Digitized by Google

cède dans la somme cédée, le montant de la première saisie; puisque, d'autre part, la première saisie a eu pour effet de rendre indisponible dans la créance transportée tout le montant qui correspond à la cause de cette même saisie.

Mais il est manifeste aussi, que si, à l'égard du saisissant postérieur, le cessionnaire ne conserve cette qualité que pour ce qui excède dans la créance cédée le montant de la même saisie, il doit être admis à jouer vis-à-vis du même saisissant le rôle de créancier de son cédant pour la somme qui excède le restant cessible dont il s'agit; comme s'il était *ab initio* cessionnaire de ce restant disponible, et créancier de son cédant pour une somme distincte, équivalente au montant qu'il ne peut pas réaliser à titre de cessionnaire.

En un mot, le saisissant postérieur ne peut voir en lui qu'un ayant droit du débiteur commun; qui réunit en sa personne d'une manière accidentelle la double qualité de cessionnaire et de créancier.

Il s'ensuit que vis-à-vis du saisissant postérieur, le cessionnaire a le droit incontestable de concourir avec lui au marc le franc sur la somme rendue indisponible par la première saisie, pour la quotité dont il se trouve créancier (car, en cette dernière qualité, le principe de l'article 2093 du Code devient applicable au cessionnaire considéré comme créancier); de manière, néanmoins, que cette double qualité du cessionnaire ne puisse être préjudiciable au saisissant antérieur.

Il résulte de cette dernière réserve, au profit du premier saisissant, un droit d'indemnité contre le cessionnaire pour le tort que lui peut causer le double concours de celui-ci.

Conséquemment l'objection de M. Marcadé, qui consiste en ce que le cessionnaire ne doit pas faire valoir en même temps cette double qualité pour se faire payer deux fois, tombe à faux.

Il ne me reste qu'à examiner la position légale du saisissant postérieur à la signification ou à l'acceptation du transport vis-à-vis du premier saisissant et vis-à-vis du cessionnaire.

Le saisissant dont il s'agit a en vertu de la prescription de l'article 2093 du Code, le droit de concourir au marc le franc avec ses cocréanciers sur les fonds de son débiteur.

De là il résulte *à contrario* qu'il ne peut point exercer le même droit sur les fonds qui sont sortis du domaine de son débiteur avant la saisie.

Digitized by Google

Or, dans le cas du concours du créancier antérieur et d'un cessionnaire, le fonds qui échappe à la poursuite du saisissant postérieur, est justement la somme que le concours du premier saisissant a laissée au cessionnaire considéré comme tel.

En un mot, la somme qui excède dans la créance en question le montant de la première saisie, et sur laquelle se réalise la cession comme telle, n'existe pas pour les saisissants subséquents : ceux-ci ne peuvent concourir que sur la somme rendue indisponible par la première saisie.

Mais comme le saisissant postérieur au transport rencontre pareillement dans le cessionnaire qui le précède un créancier pour une somme distincte de celle avec laquelle sa cession s'est réalisée, il ne peut point évincer ce dernier du partage sous prétexte que dans ce cas le cessionnaire serait payé deux fois ; parce que, comme je l'ai déjà observé, il n'existe plus vis-à-vis de lui ni un fonds cessible, ni un cessionnaire ; il n'existe pour lui que le fonds rendu indisponible par la première saisie, sur lequel le cessionnaire a droit de concourir pour la portion qu'il ne reçoit pas comme tel, et dont il est créancier incontestable de son cédant.

VI. — En résumé, les droits des trois intéressés dans cette distribution se réduisent à la formule suivante :

1° Le premier saisissant concourt avec le cessionnaire, ainsi qu'avec les créanciers postérieurs au transport au marc le franc de leurs sommes respectives, sans que le cessionnaire puisse lui opposer sa qualité comme tel ;

2° Le cessionnaire prend en premier lieu tout ce que le concours du premier saisissant lui laisse dans la créance cédée [1] ; en second lieu, il concourt pour le reste de sa cession, qui ne se réalise pas dans la somme cédée, avec le premier saisissant et le créancier postérieur au transport au marc le franc sur la partie du fonds qui égale au montant de la première saisie, sauf toutefois son obligation d'indemniser le premier saisissant du préjudice que cause à celui-ci la double qualité avec laquelle le cessionnaire intervient dans la distribution.

3° Enfin, le créancier postérieur à la saisie concourt au marc le franc avec ces devanciers, c'est-à-dire, avec le premier saisis-

[1] Il va sans dire qu'il cesse de prendre cette part, si la première saisie ne laisse rien de disponible dans la créance ; alors il vient comme créancier pur et simple.

Digitized by Google

sant et avec le cessionnaire, considéré lui-même comme créancier, pour la quotité qu'il ne réalise pas comme cessionnaire, sur la somme rendue indisponible par la première saisie.

L'application de cette formule à des cas spéciaux exige les quatre opérations suivantes :

(Pour m'expliquer plus brièvement je vais raisonner sur l'exemple cité au commencement.)

Première opération. Il faut rechercher avant tout quelle serait la part de *A.*, si *B.* était simplement créancier : *A.* aurait ici 750 francs.

Deuxième opération. Il faut voir combien toucherait *B.* s'il se présentait en sa seule qualité de cessionnaire envers *A.*, et avec quelle somme sa cession ne se réaliserait pas : *B.* toucherait dans cette hypothèse 1,500 francs, et il perdrait les autres 1,500 fr.

Troisième opération. La somme rendue indisponible par la saisie de *A.* (les 1,500 francs), doit être partagée au marc le franc entre *A.*, *B.* et *C.* pour voir : 1° combien perdrait *A.* dans cette hypothèse et de combien serait l'indemnité que lui devrait *B.*; — 2° combien il faudrait ajouter à *B.*, considéré ici comme cocréancier de 1,500 francs avec lesquels sa cession ne s'est pas réalisée; — 3° quelle serait la part définitive de *C.* — Dans cette hypothèse *A.* toucherait 500 francs, *B.* 1,500 et 500 francs, *C.* 500 francs.

Quatrième et dernière opération. Il faut augmenter le dividende de *A.* de l'indemnité mentionnée précédemment et qui monte à 250 fr. (parce que telle est la différence entre les dividendes de *A.* dans la première et troisième opération), pour diminuer d'autant la part de *B.* — Donc en définitive *A* touchera 750 francs, *B.* 1,750 francs, *C.* 500 francs [1].

L'on va m'opposer peut-être, que ces calculs sont compliqués; mais ce n'est point une raison pour les repousser.

[1] Mon système, expliqué sur cet exemple, offre le même résultat numérique, que celui de M. Zachariæ; mais cette identité n'est qu'accidentelle et elle ne se reproduirait pas partout, puisque M. Zachariæ ne fait pas augmenter dans sa théorie la part du cessionnaire du dividende, qui peut lui échoir comme cocréancier. Ainsi, dans l'exemple cité par M. Marcadé dans son explication du Code Napoléon sous l'art. 1691, n° 4; si *A.* est créancier de 500 fr., *B.* cessionnaire de 3000 fr., et *C.* créancier de 2500 fr., *A.* recevra suivant le système de M. Zachariæ 250 fr., *B.* 2333 fr. 33 c., *C.* 416 fr. 67 c., tandis que selon ma formule ci-dessus, *A.* dans la même espèce recevra 250 fr., *B.* 2392 6/7 fr., *C.* 357 1/7 fr., total, 3000 francs.

Digitized by Google

Avant tout il s'agit de savoir s'ils sont exacts et justes, si tous les intérêts des ayants droit si opposés en cette matière se trouvent sauvegardés. C'est ce que je pense avoir suffisamment démontré.

Ce qui est hors de doute, c'est que notre question est complexe; des principes opposés doivent concourir pour en donner une solution suffisante; or, chacun de ces principes intégrants nécessite un calcul différent, tandis que le besoin de les concilier donne lieu à des combinaisons. — C'est ainsi que la solution des problèmes de mathématique est souvent impossible sans le secours des calculs auxiliaires.

VII. — La vérité est le but principal de toute discussion scientifique; or, la meilleure pierre de touche de la vérité est son application aux faits; c'est d'après les résultats pratiques auxquels elle conduit qu'on en apprécie la valeur.

Pour cette raison je vais donner ici la solution de plusieurs espèces, qui contribuera à confirmer l'exactitude de ma formule.

1° La somme à distribuer est de 3,000 fr. A. est créancier de 2,500, B. est cessionnaire de 500 fr., C. saisit la créance postérieurement au transport pour 3,000 fr.

Avant tout je recherche, moyennant la première opération, la part de B.; elle est de 1,250 fr.

La deuxième opération me convainc que B. réalise vis-à-vis de A. le montant entier de son transport.

Donc suivant la troisième opération ne concourront sur la somme de 2,500 fr. rendue indisponible par la première saisie que A. et C. chacun au marc le franc. — A. touchera dans cette hypothèse 1,136 fr. 37 c., C. 1,363 fr. 63 c.

Comme d'après la quatrième opération l'indemnité due par B. à A. s'élève à 113 fr. 63 c., les parts des cointéressés seront en définitive celles-ci : A. aura 1,250 fr., B. 286 fr. 37 c., C. 1,363 fr. 63 c., total de 3,000 fr.

2° En opérant toujours sur le même fonds de 3,000 fr., supposé que A. est créancier de 2,400 fr., B. cessionnaire de 600 fr., C. créancier de 100,000 fr., A. prendra 70 fr. 25 c., B. 97 fr. 72 c. : il y aurait eu seulement 2 fr. 73 c. en qualité de créancier; C. 2,834 fr. 3 c., total de 3,000 fr.

3° *Quid* dans l'espèce suivante : A., créancier de 1,500 fr., donne mainlevée de sa saisie après que la créance de 3,000 fr. a

Digitized by Google

été vendue à B. et qu'un autre saisissant C. s'est fait connaître avec 1,500 fr. Comment se règle en ce cas le concours de B. et de C.?

Cette question a reçu trois solutions différentes :

A. Des jugements, cités par M. Marcadé dans son examen doctrinal de juillet 1852, ont décidé que la mainlevée donnée par le premier saisissant ne profite qu'au cessionnaire, de manière que le dernier saisissant ne pouvait aucunement invoquer la saisie levée postérieurement. — Selon cette théorie, B. touche les 3,000 fr. entiers, et C. ne reçoit rien.

B. M. Marcadé critique à juste titre cette décision des tribunaux; mais la solution qu'il donne de cette espèce, formulée sur son système d'option, n'est pas exacte. — Elle donnerait à B. 2,000 fr., à C. 1,000 fr.

C. Enfin M. Vielle propose d'augmenter le contingent du cessionnaire de tout ce que le premier saisissant aurait touché, s'il n'eût pas donné mainlevée : B. prendrait selon lui 2,625 fr. et C. 375 fr.

Or, la donnée exposée doit recevoir une solution bien distincte de celles qui précèdent.

En effet, s'il est évident que la mainlevée de la première saisie ne doit pas profiter au cessionnaire considéré comme tel, il est également évident que la partie de la créance conservée au patrimoine du débiteur commun par la première saisie doit être distribuée suivant les principes cités ci-dessus, avec cette réserve néanmoins que le premier saisissant ne figurera point dans la distribution de ce fonds.

En d'autres termes, pour le *cessionnaire* le dividende s'augmentera, dans ce cas de mainlevée, *au prorata* de ce qu'il touche comme créancier, c'est-à-dire en proportion de la somme avec laquelle sa cession ne s'est pas réalisée ; il profitera en outre de la mainlevée en tant qu'il ne sera pas obligé de payer l'indemnité qu'il aurait dû solder entre les mains du premier créancier; mais ce dernier avantage est pour lui plutôt une absence de perte qu'un gain proprement dit, de manière que le saisissant postérieur ne saurait s'en plaindre, puisque cette indemnité était une affaire entre le premier saisissant et le cessionnaire, et n'influait point sur le dividende du saisissant postérieur.

Pour celui-ci son dividende augmentera pareillement par l'absence du premier saisissant ; il concourra avec le cession-

Digitized by Google

naire, envisagé comme créancier de la somme avec laquelle sa cession ne s'est pas effectuée.

De cette manière C. recevra ici 2,250 fr. (composés de 1,500 fr. qu'il eût touchés comme cessionnaire, si la mainlevée n'avait pas eu lieu, et de 750 fr. qu'il touche comme créancier de 1,000 fr., en concourant avec C. sur les 1,500 fr. indisponibles); tandis que C. aura 750 fr., dividende qu'il reçoit en concourant avec B., créancier de 1,500 fr. sur les 1,500 fr. prémentionnés.

4° L'espèce suivante ne présente pas non plus de difficultés sérieuses. — Il ne s'agira que d'y appliquer ma formule ci-dessus, quoique d'une manière composée.

A. est un premier saisissant de 500 fr., B. est cessionnaire de 600 fr., C. est créancier de 1,000 fr., D. est cessionnaire de 1,500 fr., E. est un saisissant subséquent de 2,400 fr. Le fonds à distribuer est de 3,000 fr.

Je procède de la manière suivante :

Je suppose pour un instant que les créances de C., D. et E. ne forment vis-à-vis de A. et B. qu'une seule et unique masse passive de 4,900 fr.

Dans cette hypothèse A. recevra 250 fr., B. 572 fr. 22 c., et ils se trouveront hors de cause; tandis que pour C., D. et E., il restera un fonds de 2,177 fr. 78 c. qu'ils partageront entre eux suivant la même formule, ce qui donnerait à C. 444 fr. 45 c., à D. 1,089 fr. 11 c., et E. 644 fr. 22 c.: en somme 3,000 fr.

5° Enfin dans l'espèce suivante, il ne s'agit encore que d'appliquer la même formule :

A. est créancier de 1,000 fr., B. est cessionnaire de 1,500 fr., C. est également cessionnaire de 1,500. fr. — Toujours supposé le même fonds de 3,000 fr. à distribuer, je vois d'abord que la cession de C. ne se réaliserait que pour 500 fr., tandis qu'il resterait créancier pur et simple de son cédant pour 1,000 fr.

Dès lors j'opère mon calcul comme si A. était créancier de 1,000 fr., B. cessionnaire de 2,000 fr., C. créancier de 1,000 fr.

Dans cette hypothèse A. aurait 750 fr., B. 1,750 fr., C. 500 fr.

Or, comme le dividende de B. forme le contingent effectif pour B., cessionnaire de 1,500 fr., et pour C., cessionnaire de 500 fr. (avec lesquels la cession de celui-ci vient de figurer au calcul en tant que cession), il s'agit de répartir les 1,750 fr. entre B. et C. comme cessionnaires, au marc le franc de leurs cessions réalisées

Digitized by Google

(c'est-à-dire en proportion de 1,500 fr. et de 500 fr.), pour augmenter ensuite le dividende que C. reçoit comme créancier (500 fr.), de la part qu'il prend comme cessionnaire (437 fr. 50 c.). — Donc en définitive, A. touchera 750 fr., B. 1,312 fr. 50 c., C. 937 fr. 50 c.

VIII. — J'ai indiqué sous le numéro précédent les principales difficultés qui peuvent naître du concours du cessionnaire avec des créanciers saisissants, et la manière de les réduire par une saine analyse aux données qu'exige l'application de ma formule.

On trouvera que la question que je viens de traiter n'est pas aussi difficile qu'elle le paraît ; au contraire, j'ai la conviction qu'elle est plus susceptible d'une solution exacte que beaucoup d'autres questions nées du Code. L'arithmétique y joue un grand rôle : or, l'union intime des vrais principes de la matière avec un art, dont les règles conduisent à des résultats auxquels il est impossible de se méprendre, facilite ici essentiellement la recherche du vrai.

J'ai de plus la conviction qu'aucun des systèmes réfutés dans la présente dissertation n'est exact : voilà pourquoi j'ai voulu appeler encore une fois l'attention des juristes sur cet important sujet. Il me suffit d'avoir indiqué et justifié le mien ; des jurisconsultes éclairés apprécieront si je suis entré dans la bonne voie.

PHILIPPE FLAMM,

DE LA LOI PORTANT AUGMENTATION DU CONTINGENT

DE LA CLASSE DE 1853 ET DES POLICES D'ASSURANCE.

Par M. Nicolin, agréé au tribunal de commerce de Dijon.

La loi du 15 avril dernier, qui élève à 140,000 homme e contingent de la classe de 1853, fixé primitivement à 80,000, met en question l'existence des traités intervenus entre les compagnies d'assurance et leurs assurés, appelés à concourir au tirage de cette classe. Cette difficulté est grave, surtout en raison de la multiplicité des intérêts qui s'y rattachent.

Le contrat d'assurance contre les chances du recrutement mi-

Digitized by Google

litaire, comme tout contrat aléatoire, naît d'une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain. L'assuré, qu'il soit ou non compris dans le contingent, paie une prime à l'assureur. C'est pour ce dernier, plus particulièrement, que l'événement rendra le contrat avantageux ou onéreux Les éléments de ses appréciations sont le rapport existant entre le nombre des jeunes gens appelés à concourir au tirage, et celui des jeunes soldats admis à faire partie du contingent. La loi qui fixe ce contingent détermine donc, en premier lieu, les limites de la chance, du risque, de l'*alea*, en un mot.

Les exemptions légales et les cas de réforme exercent aussi une certaine influence sur le résultat définitif; mais ces éventualités sont toujours prévues d'une manière à peu près certaine.

Ainsi, en traitant en vue d'un contingent de 80,000 hommes, à prendre dans un nombre déterminé de conscrits, eu égard aux exemptions et aux cas de réforme, l'assureur se rend compte des chances que lui offre l'opération.

Il sait d'autre part en quoi consistent les charges d'un remplacement possible. Il fixe ainsi l'importance de la prime en connaissance de cause. Si un acte du gouvernement, postérieur à l'assurance contractée, augmente le contingent; qu'arrive-t-il? Les bases d'appréciation sont déplacées. Le nombre des chances favorables diminue; celui des chances contraires augmente dans les mêmes proportions. D'un autre côté, le nombre des hommes aptes à remplacer devient moindre; tandis que les remplacements à effectuer sont plus considérables. Le risque, qui résultait de combinaisons déterminées, de chances connues, se trouve gravement modifié.

Cette augmentation du contingent suffit-elle pour autoriser les assureurs à demander la résiliation de leurs engagements? Nous établissons dès à présent une distinction. La solution dépend, selon nous, des termes du contrat. Si l'obligation de pourvoir au remplacement est conçue en termes généraux, sans restriction, nous n'hésitons pas à décider que les assureurs seront tenus envers leurs assurés, appelés sous les drapeaux. Sans doute, la loi nouvelle leur impose des sacrifices énormes; mais ce n'est pas là un cas de force majeure. Le gouvernement, en demandant un contingent déterminé, n'a pas épuisé son droit. Tant que les conseils de révision n'ont pas statué définitivement sur le sort des

Digitized by Google

jeunes gens de la classe, aucune libération n'est acquise. C'est l'effet de circonstances qui, se reproduisant sous des formes diverses, affectent l'industrie et le commerce, et font souvent, d'une spéculation heureuse en apparence, une spéculation désastreuse.

Si, au contraire, le contrat d'assurance a été formé en considération d'un contingent déterminé par son chiffre, nous pensons que la solution doit être différente. Je n'ai pas contracté l'obligation de vous faire remplacer au service militaire d'une manière absolue; je n'y suis tenu que si le contingent reste fixé à 80,000 hommes. Nous avions précisé l'objet du contrat; cet objet n'existe plus. Il n'y a plus de contingent de 80,000 hommes. Les causes déterminantes pour moi, étaient circonscrites dans une alternative de perte et de gain, sur laquelle nous étions d'accord. Le fait du prince, en portant le contingent à 140,000 hommes, l'a détruite. La cause de l'obligation devient fausse (art. 1131, Code Nap.); nous sommes réciproquement déliés.

Pour bien apprécier la position des assureurs vis-à-vis de leurs assurés, il est indispensable de diviser ces derniers en trois catégories. La première comprendra ceux qui, par leur numéro de tirage, ne font pas partie du contingent de 140,000 hommes. La seconde, comprend ceux qui n'auraient pas fait partie du contingent de 80,000 hommes, mais qui appartient à celui de 140,000. Enfin la troisième se compose de ceux qui auraient été compris dans le contingent primitivement fixé, et, à la situation desquels la loi nouvelle n'a rien changé.

En ce qui concerne les assurés de la première catégorie, la résiliation demandée par les assureurs ne peut donner lieu à aucune difficulté. Libérés du service militaire, le contrat qui les liait ne leur imposerait plus qu'une obligation de payer, sans aucune compensation possible; c'est leur quittance qu'on leur délivre.

A l'égard des assurés de la seconde catégorie, la difficulté ne peut pas être sérieuse. L'assureur n'a contracté l'obligation de les faire remplacer, que s'ils étaient compris dans le contingent de 80,000 hommes. Ils ne peuvent donc pas invoquer la loi sous l'empire de laquelle ils ont stipulé. Si ce contrat pouvait être invoqué contre eux, on n'y trouverait plus que leur obligation d'acquitter la prime d'assurance. En les déliant, c'est encore une libération qu'on leur procure.

Digitized by Google

La difficulté n'apparaît sérieuse, et la question n'a d'intérêt, que vis-à-vis des assurés qui eussent été compris dans le contingent de 80,000 hommes. L'objection à faire à la demande en résiliation consistera en ceci : Nous avons traité en vue d'un contingent de 80,000 hommes. Ce chiffre, comparé à celui des jeunes gens inscrits, a fait la base du risque que nous avons entendu courir. La loi nouvelle, qui porte le contingent à 140,000, n'affecte nullement notre position respective. La réciprocité existe de vous à moi. L'objet du contrat était, pour moi, votre promesse de me remplacer, si j'étais compris dans le contingent de 80,000 hommes. Pour vous, il était de recevoir le montant de ma prime, que je vous offre. Il n'y a ni solidarité, ni mutualité entre vos assurés; notre contrat nous est particulier. Il doit produire ses effets ; puisque rien n'est venu détruire les éléments qui le constituaient. Peu m'importe, que vous vous trouviez dans la nécessité de renoncer aux primes qui vous étaient dues par d'autres personnes, avec lesquelles vous avez pu traiter; peu m'importe que les remplaçants deviennent plus rares et plus exigeants. Vous remplirez, dans la mesure de vos facultés, les obligations qui vous lient avec moi.

Si on ne devait prendre en considération que les embarras auxquels se trouveraient exposés les assureurs, nous en serions peu touché. La plupart des maisons d'assurance ont, d'ailleurs, introduit dans leurs polices, une clause qui leur permet de s'exonérer du remplacement en payant à l'assuré une somme convenue. Pour nous, il s'agit de rechercher, en nous reportant aux termes du contrat, s'il a réellement cessé d'exister. C'est dans les principes généraux du droit que nous trouverons une solution. Ne perdons pas de vue, toutefois, que notre police d'assurance stipule en vue de la loi qui fixe le contingent à 80,000 hommes.

Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner ou à faire. (Art. 1126, Code Napoléon.) Si, comme on le prétend, l'assurance a été faite en vue d'un contingent de 80,000 hommes, et, quoique ce contingent pût être augmenté, voyons quel objet s'est proposé chacune des parties.

L'assuré a pour objet son remplacement, s'il est compris dans le contingent. L'assureur, la prime que lui paiera son assuré, même compris dans le contingent, et non remplacé. Si ces données sont exactes, nul doute que les polices d'assurance doivent

Digitized by Google

être maintenues. Faites en vue d'un contingent de 80,000 hommes, à déterminer dans un contingent plus considérable, s'il est demandé, la position réciproque des assureurs et des assurés n'est pas modifiée. L'assuré compris dans le nouveau contingent sera soldat; de plus, il devra payer le montant de sa prime d'assurance; parce qu'il a été libéré relativement au premier contingent, à propos duquel on a traité. Pour être rationnel, il faut, dans l'opinion contraire à la nôtre, aller jusque-là. On le comprend, le contrat est synallagmatique; si on admet un instant que l'une des parties est déliée, le contrat ne tient plus à l'égard de l'autre.

L'idée de contraindre l'assuré compris dans le contingent, et non remplacé, à payer sa prime d'assurance, apparaît tout d'abord comme un paradoxe. Avant qu'on ait examiné la question au point de vue du droit, on est déjà porté à repousser cette solution, par des considérations puissantes d'équité et de bon sens. Que se propose l'assuré en signant sa police? Évidemment d'être remplacé au service militaire, s'il est compris dans le contingent. L'équivalent de la somme qu'il promet de payer, est l'engagement contracté par l'assureur d'effectuer ce remplacement. Si, comme il est arrivé, un acte du gouvernement vient détruire les bases et les causes du contrat, en appelant au service celui qui en eût été dispensé en premier lieu, on ne conteste pas que l'assuré atteint par cette mesure n'a pas le droit d'exiger un remplaçant; mais par contre, et par une réciprocité incontestable, l'assuré est dispensé d'acquitter sa prime. Comment admettre que cette loi, assez puissante pour délier l'assureur, maintiendra l'assuré dans les liens d'une obligation dénuée de tout objet? La loi qui régissait le contrat n'existant plus, l'objet de la convention tombe. L'art. 1302 du Code Napoléon reçoit ici une application directe.

Pour faire admettre la thèse contraire, il faudrait trouver dans la police, des termes exprimant bien formellement l'intention de traiter pour un contingent de 80,000 hommes, dût-il être augmenté par la suite. Sans doute la convention, au moyen de laquelle on garantirait une portion du risque, par exemple, le remplacement si on est compris dans telle fraction du contingent, serait licite; mais les termes en devraient être parfaitement clairs. A moins de stipulation expresse, le chiffre du contingent n'est qu'une indication de l'objet. On a voulu traiter en vue de la lé-

Digitized by Google

gislation existante, pour toutes les chances qui en résulteraient; mais on n'a pas prétendu s'assurer contre une portion du risque seulement. Un contrat de cette nature est tellement insolite, qu'on ne peut le faire ressortir de stipulations faites en termes généralement usités. « Quelque généraux que soient les termes dans « lesquels une convention est conçue, dit l'art. 1163 du Code « Napoléon, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il « paraît que les parties se sont proposé de contracter. » Or, l'assuré qui a traité en vue de son remplacement dans le contingent fixé à 80,000 hommes, ne peut, par cela seul, être présumé avoir traité pour une portion du risque, dont il n'a pu comprendre les limites.

Si l'assuré, non compris dans le contingent de 80,000 hommes, ne paie pas, parce que son but n'a pu être atteint, réciproquement l'assureur, qui devait remplacer dans les mêmes conditions, ne remplacera pas, parce qu'il n'a plus l'équivalent qu'il avait stipulé. « L'obligation que l'assureur contracte envers l'as- « suré, n'est point gratuite; il faut donc qu'il reçoive un équiva- « lent de la chance qu'il court : cet équivalent porte le nom de « *prime*. On ne peut concevoir un contrat d'assurance sans « prime. » (Pardessus, *Cours de droit com.*, n° 591.)

On peut dire aujourd'hui que la question a été tranchée par la jurisprudence. Lorsque éclata la révolution de 1848, les assurances pour la classe de 1847 étaient déjà traitées. L'augmentation de l'effectif de l'armée, l'éventualité d'une guerre, rendaient la position des assureurs difficile. Cependant le contingent pour l'année 1847 ne fut pas augmenté. Néanmoins des demandes en résiliation furent portées devant les tribunaux. Elles étaient basées sur ce que les décrets des 31 mars et 1er avril 1848 avaient modifié la loi sur le recrutement. La Cour de Paris, par arrêté des 5, 19 et 24 août 1848, celle de Rouen, par arrêt du 11 janvier 1849, rejetèrent ces prétentions. Ces décisions sont toutes motivées sur ce que la modification dont on se prévalait, ne touchait pas à l'essence du contrat. Nous croyons devoir reproduire un des considérants du premier arrêt :

« Considérant que si le décret du 1er avril dernier, en abro- « geant les dispositions des art. 28 et 29 de la loi du 21 mars 1832, « sur la composition des conseils de révision et sur le mode de « fonctionner, pour y substituer des formes plus simples et plus «rapides, avait, par ces modifications, rendu plus difficiles aux

Digitized by Google

« compagnies d'assurances militaires les conditions du remplace-
« ment, ce décret, *qui n'a apporté aucun changement au contin-*
« *gent de* 80,000 *hommes, en vue duquel le traité de remplace-*
« *ment a été consenti*, ne saurait constituer le cas de force
« majeure prévu par l'art. 1148, Code Napoléon, et n'est que la
« réalisation d'une éventualité que le caractère aléatoire du
« traité d'assurance doit faire admettre. »

La Cour de Paris, qui repoussait ainsi la demande en résiliation, l'eût admise sans difficulté, s'il se fût agi, comme dans le cas qui nous occupe, d'une augmentation du contingent.

Ainsi les assureurs peuvent se considérer comme déliés de leurs engagements envers tous leurs assurés, par l'effet de la loi du 15 avril 1854; de même que ceux-ci sont déliés de leurs engagements envers eux.

Cette solution est la seule qui satisfasse la loi et l'équité.

NICOLIN.

ACQUISITIONS D'IMMEUBLES EN FRANCE

PAR DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ÉTRANGERS,

Par M. Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

1° Une ville étrangère et en général un établissement public étranger peuvent-ils acquérir des immeubles en France?

2° En cas d'affirmative, cette ville ou cet établissement est-il soumis aux règles relatives à l'autorisation requise, en pareille circonstance, par notre législation française à l'égard de nos communes ou établissements publics?

Ces questions qui tiennent au droit public, au droit administratif et au droit civil, ont une assez grande portée pratique dans nos départements de l'est de la France. Les villes suisses, presque toutes riches en capitaux, à la différence des nôtres qui sont presque toutes obérées, placent beaucoup d'argent sur hypothèque chez nous; c'est, du moins, ce qui arrivait très-fréquemment avant la révolution de février 1848. La panique suscitée par les événements de cette année-là, notamment par le projet d'impôt sur les créances hypothécaires, a peut-être un peu ralenti ces prêts. A la suite de ces placements, ces villes ou corporations étrangères sont assez souvent dans le cas d'acheter

Digitized by Google

les immeubles hypothéqués à leurs créances. Ainsi, j'ai vu la ville de Neufchâtel, en Suisse, acheter à Dijon, le 28 août 1843, des biens immeubles moyennant le prix de 1,010,000 fr.; et encore cette vente a été suivie d'une surenchère du dixième par la maison A. Gouin, autre créancier hypothécaire. De là vient l'intérêt des questions proposées en ce qui concerne les acquisitions à titre onéreux.

Les mêmes questions peuvent se présenter également au sujet des libéralités entre-vifs ou testamentaires, qui peuvent être faites à des villes ou corporations étrangères de biens immeubles situés en France. Il faut donc examiner ces questions à ce double point de vue, des acquisitions à titre gratuit et des acquisitions à titre onéreux.

Il n'est pas douteux que les particuliers étrangers ne soient admis à la faculté d'acquérir en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, des biens de toute nature. La loi du 14 juillet 1819, art. 1er, a fait cesser l'incapacité que les art. 726 et 912 du Code Napoléon avaient établie en matière de successions et de donations.

Ce qui fait naître la question proposée, c'est donc uniquement la qualité de corporation, qui appartient aux villes et établissements publics étrangers. En effet, chez nous les villes et établissements publics sont placés sous la tutelle de l'autorité administrative et ne peuvent faire d'acquisitions immobilières, à titre gratuit ou onéreux, sans l'approbation de cette autorité. Cette autorisation est exigée, soit dans l'intérêt des établissements publics, pour empêcher que ces actes ne causent leur ruine, soit dans l'intérêt de l'Etat, pour prévenir les inconvénients de la mainmorte, soit enfin quelquefois aussi dans l'intérêt des familles, et pour empêcher que des parents pauvres ne soient déshérités, par des dispositions capricieuses et irréfléchies, de biens sur lesquels ils avaient de légitimes espérances.

Cela posé, voici comment les deux questions ci-dessus ont été résolues par un avis récent du conseil d'Etat, émis seulement au sujet des dispositions à titre gratuit [1].

« *Sur la première question*, considérant que, aux termes de

[1] Voy. le texte de cet avis dans l'*École des communes*, 1854, p. 30. La date de l'avis n'est pas indiquée; mais on voit qu'il est tout récent, par la date des pièces qui y sont visées.

Digitized by Google

« l'art. 1er de la loi du 14 juillet 1819, tout étranger a qualité « pour recevoir des biens situés en France ;

« Que ladite loi n'a fait aucune exception en ce qui concerne « les personnes civiles ;

« Que les discussions et les rapports qui ont précédé l'adoption « de ladite loi, dans le sein des deux chambres, établissent au « contraire que l'intention du législateur avait été de consacrer « de la manière la plus large et la plus complète l'abolition de « l'ancien droit d'aubaine dans toutes les applications dont il était « susceptible ;

« Et que dès lors le bénéfice de la loi du 14 juillet 1819 ne « saurait être refusé à tout établissement d'utilité publique « étranger, constituant régulièrement une personne civile ;

« *Sur la seconde question*, considérant que, aux termes de « l'art. 910 du Code Napoléon, les dispositions entre-vifs ou par « testament au profit des hospices, des pauvres d'une commune « ou d'établissements d'utilité publique, n'ont d'effet qu'autant « qu'elles sont autorisées par le chef de l'Etat ;

« Considérant que le but de cette disposition, tel qu'il a été « défini par les orateurs du gouvernement lors de la disposition « du Code Napoléon, est non-seulement l'exercice du droit de « tutelle qui appartient à l'autorité supérieure à l'égard des « établissements charitables et des autres établissements d'utilité « publique qui existent en France, mais aussi la consécration d'un « droit de souveraineté en vertu duquel il appartient au chef de « l'Etat d'annuler ou d'autoriser toute libéralité faite au pro- « fit d'un établissement quelconque s'il l'a jugée susceptible « de porter atteinte, soit à l'intérêt des familles, soit à l'intérêt « de l'Etat ;

« Et que dès lors l'application des dispositions de l'art. 910 ne « saurait dépendre de la nationalité de l'établissement public « auquel la libéralité a été faite ;

« Considérant d'ailleurs que les termes de l'art. 910 sont « formels, et qu'aucune autre disposition de loi n'y a dérogé en « ce qui touche les établissements publics étrangers ;

« Est d'avis :

« 1° Que tout établissement d'utilité publique étranger, cons- « tituant régulièrement une personne civile, a qualité pour rece-

Digitized by Google

« voir des dons et legs de biens meubles ou immeubles situés en « France ;

2° Que lesdits dons et legs au profit d'établissements d'utilité « publique étrangers ne peuvent avoir d'effet qu'autant qu'ils « ont été autorisés par le gouvernement français.»

Ces solutions me semblent parfaitement exactes; mais elles s'appliquent seulement aux dispositions à titre gratuit, soit entre-vifs, soit à cause de mort, et non aux acquisitions à titre onéreux. Or celles-là sont plus ordinairement faites que les autres par les villes et corporations étrangères. Faut-il leur appliquer, par analogie, l'avis du conseil d'Etat précité?

La parité n'est point exacte, sous tous les rapports, entre les acquisitions à titre onéreux et les acquisitions à titre gratuit faites par les communes ou établissements publics étrangers.

Il est bien vrai que l'analogie conduit à leur appliquer la solution donnée à la première question, c'est-à-dire à leur reconnaître l'aptitude à l'effet d'acquérir. En effet, s'il est vrai que les établissements étrangers ont qualité pour recevoir à titre gratuit des biens situés en France, à plus forte raison doit-on décider qu'ils peuvent les acquérir à titre onéreux ; car il y a plus de difficulté à obtenir l'aptitude à recevoir des donations entre-vifs ou des successions dans un pays étranger, que l'aptitude à y faire des acquisitions par achats-ventes ; le contrat de vente est plus généralement considéré comme étant du droit des gens que la donation ou la transmission par décès. Cela est si vrai que, chez nous, les individus étrangers ont toujours été admis à acquérir des biens par contrat de vente, et que ce n'est que dans nos temps modernes qu'ils ont obtenu l'aptitude à recevoir des libéralités entre-vifs ou par décès. Aussi l'art. 1594 C. Nap. établit-il en principe que « tous ceux auxquels la loi ne l'interdit « pas peuvent acheter ou vendre ; » et l'on ne trouve ni dans ce code, ni dans nos lois spéciales, de disposition qui déclare les villes ou établissements étrangers incapables d'acheter des biens immeubles en France. Il ne me paraît donc pas douteux qu'une commune ou un établissement public étranger n'ait l'aptitude à acquérir des biens immeubles en France par un contrat de vente.

Est-il nécessaire que ces villes ou établissements obtiennent une autorisation de l'autorité française? Et en cas d'affirmative, à qui appartient-il de donner cette autorisation ?

Digitized by Google

On ne trouve pas dans le Code Napoléon, en ce qui concerne les achats-ventes à faire par les communes ou établissements publics, de dispositions analogues à celle de l'art. 910, relativement aux dons et legs. Les règles qui ont organisé en ce point la tutelle sur les communes et établissements publics, se rencontrent dans des lois spéciales. Toutefois, l'art. 2045 C. Nap. contient, en matière de transactions, une disposition parfaitement analogue à celle de l'art. 910. On lit en effet dans l'art. 2045 : « Les communes et établissements publics ne peuvent transiger « qu'en vertu de l'autorisation expresse du roi. » Ce texte a été modifié, de même que celui de l'art. 910 : pour les communes, par la loi du 18 juillet 1837 et par le décret du 25 mars 1852; et, pour les hospices, par la loi du 7 août 1851 ; ce qui n'a pas empêché le conseil d'Etat, comme on l'a vu dans son avis transcrit plus haut, de décider que les dons et legs au profit d'établissements d'utilité publique étrangers ne peuvent avoir d'effet, qu'autant qu'ils ont été autorisés *par le gouvernement français.*

Il me paraît constant que les acquisitions d'immeubles par ventes faites à des communes ou corporations étrangères sont soumises à l'approbation de l'autorité française. En effet, s'il en était autrement, il arriverait que ces communes ou corporations jouiraient, chez nous, d'un avantage refusé aux communes ou corporations françaises. Dans tous les temps, notre législation a cherché à prévenir les inconvénients de l'accaparement des propriétés par les établissements de mainmorte. De là l'édit du mois d'août 1749 *qui renouvelle toutes les dispositions des lois précédentes sur les établissements ou acquisitions de mainmorte, et y ajoute les mesures les plus propres à en assurer l'exécution.* Ces expressions reproduisent littéralement le titre ou la rubrique de cet édit, et peuvent donner une idée des dispositions qu'il contient. Le préambule expose en termes énergiques les inconvénients de la mainmorte :

« Il arrive souvent, y est-il dit, que par les ventes qui se font « à des gens de mainmorte, les biens immeubles qui passent « entre leurs mains, cessent pour toujours d'être dans le com- « merce, en sorte qu'une très-grande partie des fonds de notre « royaume se trouve naturellement possédée par ceux dont les « biens ne pouvant être diminués par des aliénations, s'aug- « mentent au contraire continuellement par de nouvelles acqui- « sitions. »

Digitized by Google

En conséquence, voici quelques-unes des dispositions de cet édit :

« Art. 1er. Renouvelant en tant que besoin les défenses portées « par les ordonnances des rois nos prédécesseurs, voulons qu'il « ne puisse être fait aucun nouvel établissement de chapitres, « colléges, séminaires, maisons ou communautés religieuses, « même sous prétexte d'hospices, congrégations, hôpitaux *ou « autres corps et communautés*, soit ecclésiastiques séculières ou « régulières, *soit laïques de quelque qualité qu'elles soient*, ni pareil- « lement aucune création de chapelle ou autres titres de bénéfices, « dans toute l'étendue de notre royaume, terres et pays de notre « obéissance, si ce n'est en vertu de notre permission expresse por- « tée par nos lettres patentes enregistrées en nos parlements....

« Art. 14. Faisons défense à tous les gens de mainmorte d'ac- « quérir, recevoir ni posséder aucuns fonds de terre, maisons, « droits réels, rentes foncières non rachetables, même de « rentes constituées sur particuliers, si ce n'est après avoir ob- « tenu nos lettres patentes pour parvenir à ladite acquisition, et « pour l'amortissement desdits biens, et après que lesdites let- « tres, s'il nous plaît de les accorder, auront été enregistrées en « nosdites cours de parlements ou conseils supérieurs. »

Ces principes, sauf quelques modifications de détail, n'ont pas cessé d'être en vigueur dans notre législation. Il faut encore un acte du gouvernement et, en certains cas, une loi spéciale, pour autoriser la formation des établissements de mainmorte, mentionnés dans l'art. 1er de l'édit de 1749 ; et l'autorisation du gouvernement ou de ses délégués est encore nécessaire pour que les établissements ou corporations autorisés puissent acquérir des immeubles en France. Or, s'il en est ainsi des établissements publics français, à plus forte raison doit-on décider que l'autorisation est nécessaire aux établissements étrangers pour acquérir des immeubles en France. Il serait, en effet, souverainement déraisonnable que le gouvernement français eût plein pouvoir pour apprécier la légalité de l'existence, la capacité des établissements français, et la convenance des acquisitions faites par eux, et qu'il fût complétement désarmé à l'encontre des corporations étrangères, ainsi que des acquisitions faites par elles en France. Il est très-évident que les dispositions citées sont absolues et non purement relatives à certaines corporations ou établissements ; il y a un *a fortiori* évident pour les appliquer

Digitized by Google

aux acquisitions faites en France par les villes ou établissements étrangers. Autrement, les corporations dont l'existence est prohibée par nos lois, pourraient impunément braver notre législation et acquérir en France des biens immeubles, sans contrôle et sans mesure ; ce qui serait interdit à nos établissements publics reconnus et protégés par notre législation.

La nécessité de l'approbation de l'autorité française une fois admise pour que les villes et établissements étrangers puissent acheter des biens-fonds en France, faut-il leur appliquer les règles spéciales de notre législation en ce qui concerne le mode d'autorisation, et décider, en conséquence, que les préfets seront compétents pour la donner dans les cas où ils peuvent autoriser les communes et les hospices français à acquérir, en vertu de la loi du 18 juillet 1837, combinée avec le décret du 25 mars 1852, et en vertu de la loi du 7 août 1851 ?

Je ne le pense pas, et je crois qu'il faut décider que l'autorisation doit être réservée au gouvernement, par application de l'art. 14 de l'édit d'août 1749, de même que l'autorisation d'accepter des dons et legs à ces établissements étrangers a été réservée au chef de l'État par l'avis de son conseil ci-devant transcrit.

En effet, si notre législation a jugé sans inconvénient de décentraliser le pouvoir de donner les autorisations d'acquérir aux départements, aux communes et aux hospices, on ne doit pas étendre ces délégations hors de leurs termes. Cela est vrai même à l'égard d'autres établissements d'utilité publique français, tels que les fabriques des églises catholiques ; il est certain que l'on ne pourrait pas argumenter des attributions données aux préfets à l'effet d'autoriser les communes et les hospices à acquérir des biens immeubles, qu'ils ont le même pouvoir en ce qui concerne les fabriques. Donc il n'y a pas lieu davantage d'en conclure que les préfets pourraient autoriser des communes ou des hospices étrangers à faire des acquisitions d'immeubles en France. D'ailleurs, c'est le gouvernement qui possède la plénitude de la tutelle sur les établissements d'utilité publique ; les préfets ne possèdent que la partie de cette tutelle qui leur a été spécialement déléguée. Par conséquent, toutes les fois qu'il est question de faire un acte de tutelle de ce genre, non expressément réglé par nos lois, il faut dire qu'il est réservé à l'autorité centrale qui la possède intégralement.

Digitized by Google

Il y a des cas où, en fait, il est juste de reconnaître aux villes et établissements étrangers la faculté d'acquérir des immeubles, c'est lorsqu'il s'agit d'acquisitions faites par suite de créances hypothécaires, et pour prévenir des évictions dans des créances inscrites. J'ai dit plus haut que des villes suisses ont fait des placements considérables dans les départements de l'est de la France, et j'ai cité l'exemple de la ville de Neufchâtel, qui avait acheté, à Dijon, des immeubles pour 1,010,000 fr. Cette acquisition avait eu lieu à la suite d'un placement de la somme d'un million par hypothèques sur des biens-fonds. On comprend aisément qu'en pareil cas une ville étrangère se trouve dans la nécessité d'acheter les biens hypothéqués à des créances, soit de gré à gré, soit par suite d'une surenchère sur aliénation volontaire, soit par adjudication sur saisie immobilière, afin de se procurer la rentrée des sommes placées sur hypothèques.

Est-ce à dire, pour cela, que des acquisitions ainsi faites par des villes étrangères, cesseraient d'être soumises à l'approbation et à la tutelle du gouvernement français? Je ne le pense pas : autrement il serait trop facile d'éluder les dispositions de nos lois sur la mainmorte, en simulant des prêts sur hypothèques pour arriver à des acquisitions d'immeubles affranchies de l'approbation du gouvernement. Je veux dire seulement qu'en pareil cas le gouvernement français appréciera s'il lui convient d'approuver la réquisition faite par la corporation étrangère, ou s'il convient, au contraire, de lui fixer un délai pendant lequel elle sera tenue de vider ses mains des immeubles acquis par elle.

On trouve, dans un décret du 12 septembre 1811, des dispositions qui statuent sur un cas qui offre de l'analogie avec celui qui nous occupe, et qui peuvent fournir un argument sur la règle à suivre à ce sujet. En voici le texte : « Considérant que « le droit de poursuite en expropriation est la conséquence na- « turelle du droit qui appartient à tout créancier de se faire « payer sur les biens de son débiteur, et que la loi elle-même « déclare propriétaire le poursuivant qui reste adjudicataire de « cet immeuble, faute de surenchérisseur ;

« Considérant qu'une acquisition faite de cette manière ne « peut se comparer à une acquisition faite directement et de « plein gré; et qu'ainsi les lois qui assujettissent les établisse- « ments publics à ne pouvoir se rendre propriétaires sans une

Digitized by Google

« autorisation préalable du gouvernement, ne sont point appli-
« cables au cas d'une expropriation forcée ;

« Art. 1er. Le grand maître de notre université impériale
« pourra autoriser, après une délibération du conseil, toute
« poursuite en expropriation.

« Art. 2. Notre grand maître fera connaître, chaque année, à
« notre ministre de l'intérieur, les immeubles dont l'université
« sera devenue propriétaire par voie d'expropriation *sur ses*
« *créanciers* (sic)[1]; *et il sera par nous statué sur la conservation ou*
« *l'aliénation de ces immeubles.* »

Raisonnant par analogie, je dis donc : Les villes ou établissements publics étrangers pourront poursuivre l'expropriation des biens immeubles situés en France, hypothéqués à leurs créances et s'en rendre adjudicataires, mais le gouvernement français aura toujours le droit de leur fixer un délai pour revendre ces immeubles. Dans les autres cas d'acquisitions immobilières, les actes faits par les villes et établissements étrangers devront toujours être soumis à l'approbation du gouvernement français.

On voit par là que, en ce qui concerne les achats à titre onéreux faits par les communes ou établissements étrangers, on arrive à des résultats analogues à ceux admis pour les dons et legs, par l'avis du conseil d'État ci-dessus transcrit.

SERRIGNY.

DU RÉGIME DES CAISSES D'ÉPARGNE,

DANS SES RAPPORTS AVEC LES RÈGLES DE LA LÉGISLATION CIVILE,

Par M. Peyré, ancien magistrat, président de l'administration de la Caisse d'épargne de Villefranche (Rhône).

L'institution des caisses d'épargne est désormais entrée chez nous en possession des sympathies publiques. Ses bienfaisantes influences sont jugées ; et nul aujourd'hui ne saurait contester le rôle qu'elle est appelée à jouer dans l'œuvre de moralisation des classes en vue desquelles elle a été fondée. Il ne s'agit plus que de lui ouvrir des horizons plus vastes, et de triompher de quelques résistances passives, qui s'opposent encore, surtout au sein des classes ouvrières, à la généralité de son adoption. Nous

[1] Il est probable qu'on a voulu dire : *sur ses débiteurs.*

Digitized by Google

ne doutons pas que ce désirable résultat ne soit l'œuvre prochaine des progrès de la raison publique. Toutefois, et en rendant un juste hommage à la haute pensée qui a présidé à la dernière organisation des caisses d'épargne, nous avons cru reconnaître, dans un défaut d'accord de cette organisation avec les principes généraux de notre législation civile, de fâcheuses tendances, qui nous semblent menacer de compromettre, dans un avenir plus ou moins éloigné et dans une certaine mesure, les bienfaisants résultats qu'on s'en est promis. Président d'une administration de caisse d'épargne, nous nous sommes inquiété, notre conscience a été troublée. Dans une cause qui nous est chère, nous avons vu un danger, et nous avons dû céder au besoin de le signaler à l'attention des hommes à la haute et intelligente direction desquels est confiée la propriété de cette populaire institution.

La loi sur les caisses d'épargne, du 30 juin 1851, renferme cette disposition :

« Art. 8. Un règlement d'administration publique, présenté « par les ministres des finances et du commerce, déterminera le « mode de surveillance de la gestion et de la comptabilité des « caisses d'épargne. »

Un décret du 15 avril 1852, promulgué sur le rapport des ministres des finances et de l'intérieur et du commerce, a pourvu à cette prescription de la loi du 30 juin. Ce décret, contenant rgèlement d'administration publique, renferme cette autre disposition :

« Art. 28. Le ministre de l'intérieur, de concert avec le mi- « nistre des finances, détermine la forme des registres et pièces « de comptabilité à l'usage des caisses d'épargne, et indique « avec détail les procédés à suivre pour la tenue des écritures, « pour le calcul et la capitalisation des intérêts, pour le mode « spécial de comptabilité concernant les inscriptions de rente, « et pour les relations avec les déposants.»

Pour obéir à cette prescription du décret du 15 avril, une *instruction* émanant de ces deux départements ministériels est venue, le 17 décembre 1852, réglementer toutes les matières comprises dans le décret. Cette instruction, à laquelle sont joints des modèles, a été officiellement adressée à toutes les administrations des caisses d'épargne, ainsi que le texte du décret dont elle est destinée à régler l'exécution, avec invitation formelle de s'y conformer. Cette instruction peut donc être considérée

Digitized by Google

comme faisant en quelque sorte partie intégrante de la loi et du décret, par une conséquence naturelle et logique des prescriptions législatives qui en ont provoqué la publication.

Or, cette instruction ministérielle ne s'est pas bornée à développer les formes pratiques de la comptabilité et des écritures et les relations avec les déposants, comme c'était le vœu de l'article 28 du décret. Elle est entrée dans un domaine plus vaste qui devait lui rester fermé, dans celui des droits civils des citoyens, auxquels pourtant elle devait s'abstenir de toucher. En effet, plusieurs dispositions de cette instruction, rapprochées et combinées entre elles, relatives aux versements faits par des *tiers*, ou par des *femmes mariées*, ou par des *enfants mineurs*, tendent à établir dans notre législation un droit entièrement nouveau, et se posent en hostilité flagrante avec les principes généraux du droit consignés au Code Napoléon, en contradiction même avec les vues du législateur qui a réglé la matière des caisses d'épargne. De graves difficultés, des conflits, des germes sérieux de procès dans les familles, qu'on n'a pas d'abord aperçus, ne peuvent manquer de surgir d'un tel état de choses, et d'éclater dans un avenir plus ou moins éloigné. C'est à signaler ces funestes tendances que nous avons cru devoir consacrer les simples observations qui vont suivre, laissant au pouvoir le soin de rechercher le remède qu'il convient de leur apporter, si nous nous étions trompé dans le choix de celui que nous indiquons à la fin de ces observations.

§ 1er. Versements faits par des tiers.

C'a été une pensée éminemment chrétienne et philanthropique, qui a fait admettre, dans les art. 2 et 5 de l'*instruction* ministérielle, le principe des versements à faire au nom des tiers. On a voulu associer la bienfaisance aux pratiques d'économie et de prévoyance, dont l'institution des caisses d'épargne a eu pour but d'encourager le développement au sein des classes ouvrières. Ce n'est pas nous qui contesterons l'utilité d'une pareille association. Mais nous dirons que l'abus s'est trouvé bien près de l'usage. Tandis que, dans certaines villes manufacturières, les chefs d'atelier entretiennent l'émulation de leurs ouvriers, au moyen de rémunérations légères qu'ils versent à la caisse d'épargne au compte de ces derniers, il faut reconnaître que dans beaucoup

Digitized by Google

de localités les choses ne se passent pas sous l'empire d'idées aussi fécondes et généreuses. Dans ces localités (et il nous a été plus d'une fois donné d'en réitérer l'expérience), ce sont des pères de famille, des gens de la campagne surtout, qui pratiquent ces versements sous le nom des tiers, sans entrer le moins du monde dans les vues bienfaisantes qui ont dicté les dispositions des articles 2 et 5 de l'*instruction*. Ils le font par l'un ou l'autre de ces deux motifs : Tantôt, c'est afin d'éluder la loi et de se procurer un moyen détourné d'avoir en dépôt une somme plus forte que le *maximum* de 1,000 fr. qu'il est permis de posséder à la caisse d'épargne ; tantôt, c'est afin de créer au profit d'un des membres de la famille, en sus de la portion disponible ordinaire, un avantage indirect et déguisé que les principes généraux du droit réprouvent expressément. — Dans le premier cas, c'est la loi sur les caisses d'épargne et le maximum des dépôts qui est violée. — Dans le second cas, ce sont les lois sur la portion disponible et la réserve qui sont audacieusement éludées. — Dans l'un et dans l'autre cas, c'est le relâchement du lien légal qui résulte fatalement de l'instruction ministérielle.

Si le père de famille n'a d'autre but que de se soustraire à l'application de la loi qui fixe le maximum des dépôts, voici comment la chose se passe, dans nos campagnes s'entend, car nous ignorons ce qui se passe à Paris. Lorsque le père de famille veut déposer pour son propre compte une somme de 3 ou 4,000 francs par exemple, il verse d'abord sous son nom personnel jusqu'à concurrence d'une somme qui n'excède pas le maximum de 1,000 fr.; puis, à des jours différents, il envoie tantôt sa femme, tantôt l'un tantôt l'autre de ses enfants, pour faire chacun à son tour individuellement des versements successifs, qu'ils disent être le produit de leurs économies, quoique exclusivement puisés en réalité dans le patrimoine paternel, et pour lesquels ils se font remettre des livrets distincts. Dans ce cas, qui se présente souvent, le père ne pense pas faire un avantage à sa femme ou à ses enfants ; il n'entend pas se dépouiller, et croit faire une simple fraude à la loi qui fixe le maximum des versements. Quand il a besoin de retirer son argent, il amène femme et enfants, et rentre dans ses fonds au moyen des diverses quittances données par qui de droit. Il croit alors que la chose s'est passée pour le mieux, et que tout est fini sans retour. Mais il se trompe, et bien souvent il n'a fait que se préparer une cruelle

Digitized by Google

déception pour l'avenir. Par une conséquence logique des principes reconnus par l'*instruction*, la femme ou l'enfant est devenu propriétaire personnel des sommes couchées sur son livret, à l'exclusion du père qui n'y a plus aucun droit. Si donc, le père de famille, en sa qualité d'administrateur légal, a personnellement donné quittance pour sa femme ou pour son enfant mineur, des sommes portées sur le livret de ces derniers, il devient immédiatement débiteur envers eux des sommes quittancées pour leur compte. Autrement la disposition ministérielle qui leur permet de verser en leur nom et d'obtenir personnellement des livrets, n'aurait aucune signification sérieuse. Voilà donc un père de famille, ignorant son droit, qui, par le seul fait d'être entré dans la voie trop facile ouverte par l'*instruction*, et d'avoir emprunté l'intermédiaire d'un tiers, se trouve, sans le savoir ni le vouloir, bien et dûment constitué débiteur envers ce tiers à raison des sommes qu'il avait lui-même fournies.

Ce sera le droit strict, rigoureux, mais inévitable, toujours dans les principes de l'*instruction*. A la dissolution du mariage, ou à la majorité des enfants, il devra tenir compte des sommes portées sur les livrets des tiers dont il avait cru devoir emprunter l'intervention ; et ces sommes figureront inévitablement à son passif, dans le compte qu'il aura à rendre un jour. Peut-être son sort paraîtra-t-il peu digne d'intérêt. Il a voulu frauder la loi, dira-t-on ; il en subit la peine, et voilà tout. A la bonne heure ; mais un tel langage ne saurait être prêté au législateur, dont le devoir est de venir au secours des faibles et des ignorants, en coupant la racine aux occasions de fraude et aux abus auxquels pourrait conduire une législation imprévoyante. Le mal que nous signalons aurait peu de portée sans doute, si la victime n'avait versé que les seules économies faites sur son revenu : on pourrait quelquefois ne voir dans ce versement qu'un don manuel de peu d'importance, que la loi ne réprouve pas d'une manière absolue. Mais bien souvent, il ne faut pas l'oublier, les capitaux ainsi versés ont en réalité une importance relative très-considérable, et représentent par leur quotité une notable partie de la fortune de celui qui leur a donné cet imprudent emploi. D'où il résulte que toute l'économie de cette fortune peut se trouver ainsi fatalement et irrévocablement bouleversée. Est-ce donc à dire qu'il faut tarir la source des plus nobles sentiments

Digitized by Google

et empêcher la bienfaisance de s'exercer? Non assurément; mais il faut en régler l'emploi.

Dans le second cas, c'est-à-dire dans celui où le motif qui a dicté au père de famille sa dissimulation a eu pour objet, non de le soustraire à la loi qui fixe le *maximum* des dépôts, mais d'établir dans sa famille un avantage indirect réprouvé, le mal est bien plus grand encore, car c'est la loi civile qui est violée dans une de ses plus salutaires dispositions. Le développement de cette thèse se trouvera dans les deux paragraphes suivants.

§ 2. Versements faits par des femmes mariées.

Aux termes des articles 3 et 19 de l'instruction annexée au décret du 15 avril 1852, les femmes mariées peuvent faire des versements *en leur nom personnel;* les retirer, et en passer quittance, toutefois avec l'assistance ou l'autorisation de leurs maris, par respect pour la puissance maritale. Nous ne voyons rien à redire à cette disposition, s'il s'agit de femmes, ou séparées de biens contractuellement ou judiciairement, — ou autorisées à faire un commerce séparé de celui de leurs maris, — ou possédant des paraphernaux. Dans chacun de ces trois cas, la femme peut administrer et accroître ses capitaux (C. Nap., art. 1536, 1576; C. de com., art. 4 et suivants) : c'est son droit. Mais, si au contraire la femme ne se trouve placée dans aucun de ces cas, il en doit être bien autrement d'après les principes généraux du droit, qui paraissent avoir été en cette partie complétement négligés par les rédacteurs de l'instruction annexée au décret du 15 avril. En effet, d'après les principes généraux, soit qu'elle soit mariée sous le régime dotal, soit qu'elle soit soumise au régime de la communauté, la femme non séparée, ni paraphernale, ni marchande publique, ne peut légalement disposer de ses revenus, qui restent en la possession du mari pour faire face aux charges du mariage (C. Nap., 1421, 1428, 1540, 1549). Elle ne peut davantage disposer de ses capitaux mobiliers qui, sous le régime communal, tombent dans la communauté (C. Nap., art. 1401), et sous le régime dotal ne retournent en la possession de la femme qu'au jour de la dissolution du mariage, et non auparavant (même Code, art. 1564 et suivants). Lors donc que la femme, ne se trouvant pas dans l'un des trois cas d'exception que nous avons cités, fait un dépôt à la caisse d'épargne, elle ne dé-

Digitized by Google

pose pas sa chose propre; elle dépose celle de son mari, et ne peut régulièrement figurer au dépôt que comme mandataire et pour le compte personnel de celui-ci. C'est donc à tort qu'il lui est délivré un livret en son nom propre. A la vérité, si la somme versée était peu considérable eu égard à la fortune des époux, si elle n'était qu'une sorte de pécule économisé par la femme, la rigueur du principe légal pourrait peut-être ne pas recevoir toute son application. Mais il faut savoir que, dans un grand nombre de cas, les versements opérés par les femmes mariées sont loin de rester dans ces limites étroites, et qu'ils sont au contraire, par leur importance relative, de véritables capitaux formant une partie considérable de la fortune maritale. Il ne faut pas, en effet, se laisser aller à cette idée, familière aux habitants des grandes villes, qu'un dépôt, par cela qu'il ne peut excéder 1,000 fr., est nécessairement un dépôt de peu d'importance. Ce serait là une grande erreur : l'échelle des fortunes est excessivement variable; et il est un bon nombre de ménages pour qui une économie réalisée de 7 ou 800 fr. doit constituer un jour toute la succession de ceux qui l'ont amassée à force de labeurs et de privations. Voilà donc, je suppose, dans un ménage pauvre, une somme de 7 ou 800 fr., déposée par une femme mariée qui n'est ni séparée de biens, ni paraphernale, ni marchande publique. Ce versement est inscrit sous son nom; et, suivant la législation des caisses d'épargne, telle qu'elle est interprétée par l'instruction annexée au décret, la somme versée est devenue sa propriété personnelle; une partie notable de la fortune du mari a changé de main, a passé d'une famille dans l'autre; une injustice est consommée. C'est l'*instruction* qui l'a voulu. Suivant la loi civile au contraire, il ne saurait en être ainsi; car cette somme déposée par la femme n'a pas cessé, quoique ayant passé par ses mains, d'être et de rester en droit strict la propriété de son mari. Si, par le seul fait du versement qu'elle en a fait en son propre nom, la femme pouvait être considérée comme devenue propriétaire légitime de cette somme, il faudrait aller jusqu'à dire qu'un mari en état de déconfiture peut sans difficulté, grâce à la facilité que lui ouvre l'institution des caisses d'épargne, faire passer sur la tête de sa femme tout ou partie du gage des créanciers.

Si, conformément aux principes que l'instruction du 17 décembre tend à faire triompher, la femme devenait par le seul fait du dépôt que ses mains ont opéré, propriétaire de la somme dé-

Digitized by Google

posée, il faudrait y voir encore une autre atteinte non moins grave aux règles du droit en matière de portion disponible. En effet, rien ne serait plus facile que d'éluder les sages dispositions de la loi, qui limitent la faculté de disposer dont peut user un père; que d'excéder les libéralités permises par les art. 913, 915, 1094 du Code Napoléon. Ne pouvant avantager sa femme au delà des prescriptions légales, le mari lui remettrait une somme, qu'elle irait déposer elle-même sous son propre nom à la caisse d'épargne; et cette somme, devenue sa propriété, s'ajouterait en réalité, au mépris de la loi, à la masse disponible dont le mari aurait régulièrement disposé en faveur de sa femme. Tout équilibre serait ainsi rompu; et les enfants seraient privés de la réserve légale qui leur est promise par la loi. Cette coupable manœuvre, grâce à la facilité que lui ouvre l'*instruction*, serait encore un moyen commode et sûr d'éluder au profit de la femme les dispositions légales en matière de secondes noces, dispositions qui ne permettent pas au mari ayant des enfants d'un précédent lit, de donner à sa seconde femme au delà d'une part d'enfant légitime le moins prenant (C. Nap., art. 1098).

Il est vrai que les enfants ne resteraient pas sans défense; ils invoqueraient les dispositions de l'art. 1099 du même Code, qui prohibent les avantages indirects, faits en excès de la portion disponible. Mais la femme ne pourrait-elle pas répondre : « Moi « aussi, j'ai la loi pour moi, puisqu'une loi spéciale, postérieure « en date au Code Napoléon, le décret qui s'y rattache, et l'ins- « truction qui les interprète et en forme le complément pratique, « sont venus déroger à tous les anciens principes et me recon- « naître un droit nouveau. Si cette législation postérieure m'au- « torise, moi, femme non séparée, non paraphernale, non mar- « chande publique, à faire des versements en mon nom, sous le « simple contrôle de mon mari, c'est qu'elle me reconnaît apte à « acquérir et à posséder, sans qu'il soit nécessaire de recourir à « la présomption d'un avantage indirect. *Je possède parce que je « possède*, la loi nouvelle me déclarant, moi femme mariée, lé- « gitime propriétaire des sommes que j'ai personnellement ver- « sées en mon nom à la caisse d'épargne, sans s'enquérir le « moins du monde de la source où je les ai puisées. Cette loi qui « m'autorise à verser en mon nom ne saurait signifier autre chose; « elle ne me demande aucun certificat d'origine. Mon titre de « propriété, c'est l'acte même de mon dépôt, c'est mon livret? »

Digitized by Google

A ce langage, qui semble logique dans la bouche de la femme, les enfants pourraient bien répondre : « Le législateur des caisses « d'épargne n'a nullement eu en vue de déroger aux principes « généraux du droit, qui sont restés immuables. L'instruction « ministérielle est allée trop loin, et voilà tout. Il faut se hâter de « reconnaître qu'une simple instruction, même annexée à un dé- « cret contenant règlement d'administration publique pour l'exé- « cution d'une loi, ne saurait avoir pour effet de renverser « tous les anciens principes sur la matière des dots, non plus « que sur la portion disponible et la réserve légale. Elle ne « saurait avoir d'autre effet que de faciliter l'exécution de la loi « à laquelle elle se rattache, et n'a jamais la puissance d'y « rien ajouter, dont le principe ne soit antérieurement écrit dans « cette loi. »

Ce dernier argument triompherait sans contredit ; les principes de notre législation civile surnageraient au-dessus de ces règles improvisées de date moderne. Mais alors que deviendrait sur ce point cette *instruction*, dont la pensée a été de faire exécuter le décret qui s'y lie, qui en forme comme le corollaire, dont le texte a été adressé officiellement aux administrateurs des caisses d'épargne, avec recommandation de s'y conformer? Quelle confusion d'idées, et quelle serait sa signification sérieuse? Quels éléments de solution fournirait-elle dans cette lutte des anciens principes contre les innovations modernes? Combien d'amères déceptions parmi les rangs des femmes non séparées, non marchandes publiques, non paraphernales ? Et en tous cas, combien d'éléments de trouble et de discorde, lancés au sein des familles, au nom et sous le manteau d'un simple document ministériel, qui semble, il faut le dire, emprunter à la loi qui en a décrété l'apparition une certaine autorité législative?

On nous a dit qu'il fallait encourager les versements de l'épargne, grossir les trésors d'économie des ménages, par l'appât tout-puissant de l'intérêt personnel des femmes qui président à l'administration de ces ménages ; que toute autre considération devait s'incliner, à Paris surtout, comme n'offrant point un intérêt politique aussi considérable. Mais on conviendra que le but proposé est radicalement manqué, si le moyen employé se trouve virtuellement frappé d'injustice et d'immoralité ; si d'ailleurs il aboutit au renversement illégal de toute l'economie de la législation civile, telle qu'elle se formule actuellement ; si en un mot

Digitized by Google

la loi existante ne peut en aucune façon sanctionner les moyens employés.

§ 3. Versements faits par des mineurs.

L'expérience nous a bien des fois montré, dans notre longue pratique des caisses d'épargne, que des pères de famille s'appliquent à faire servir l'institution de ces caisses à favoriser, au mépris de la loi, les prédilections dont ils se sentent animés pour tel ou tel de leurs enfants. Ils emploient les mêmes moyens détournés que nous avons signalés plus haut. Ils le font avec si peu de mesure, que nous avons dû plusieurs fois repousser des offres de dépôt, faites par des pères sous le nom d'enfants âgés de moins de trois ans, pour des sommes de 2 ou 300 fr., qu'on représentait sérieusement comme fruits des économies de ces derniers. Et cependant ces sommes avaient une grande importance relative dans l'appréciation de la fortune de ces pères de famille. C'est que leur injuste prédilection les aveuglait ; c'est, encore quelquefois, qu'ils restaient sous le coup de la secrète pensée qu'il leur serait loisible de reprendre à volonté leurs capitaux, et d anéantir ces donations indirectes, tant que les enfants avantagés n'auraient pas atteint le terme de leur minorité.

Nous nous bornerons à rappeler, pour ne pas nous répéter, ce que nous avons dit à propos des avantages déguisés faits au profit de la femme. Dans l'un comme dans l'autre cas, cette facilité de versements, introduite par la loi nouvelle interprétée ou étendue par l'instruction du 17 décembre, deviendra dans les familles une source inévitable de contestations, qui accuseront un jour l'imprévoyance du législateur moderne. Nous n'insisterons pas, la violation des principes restant la même, soit que l'avantage indirect soit fait à la femme, soit qu'il le soit au profit individuel d'un ou de plusieurs des enfants.

Une autre observation se présente.

Le dernier alinéa de l'art. 4 de l'instruction réglementaire dispose que « si le mineur adulte n'a ni père, ni mère, ni tuteur, « — ou bien s'il exerce une profession, — ou s'il est en ap« prentissage ou en service, le versement par lui offert doit être « admis sans justification particulière. » Puis on lit dans le dernier alinéa de l'art. 19, que les mineurs non émancipés, et qui ne se trouvent pas dans l'un de ces cas d'exception, doivent, pour retirer leurs versements, fournir une quittance signée par l'ad-

Digitized by Google

ministrateur légal de leurs biens. C'est dire par voie implicite, que les mineurs qui sont sans administrateur légal, qui exercent une profession, ou sont en apprentissage ou en service, peuvent au contraire retirer leurs versements, même ceux que des tiers ont opérés pour eux, sans contrôle et sur la production de leur seule quittance. N'est-ce pas là créer de toutes pièces une classe privilégiée de mineurs capables d'administrer leur fortune dans des conditions incompatibles avec les principes du droit sur l'émancipation et la majorité? La légalité d'une disposition qui permet à une classe de mineurs non émancipés de recevoir et retirer un capital mobilier, même celui versé par un bienfaiteur, et d'en donner décharge, sans être préalablement pourvu d'un tuteur ou d'un curateur, nous a paru fort contestable. On ne saurait disconvenir qu'il serait vivement à désirer qu'une disposition législative formelle et explicite vînt, à l'égard de cette catégorie de mineurs, confirmer ou modifier les dispositions impératives des articles 450 et 482 du Code Napoléon, qui interdisent à tout mineur de recevoir personnellement un capital mobilier, et d'en donner décharge. Jusque-là toute quittance donnée par un mineur non assisté d'un représentant légal, pourrait à notre avis n'être pas considérée comme étant suffisamment libératrice, à défaut d'une loi (non d'une *instruction*), qui tranche explicitement cette question.

En résumé, nous disons que l'instruction du 17 décembre 1852, bonne pour assurer l'exécution du décret contenant règlement d'administration publique du 15 avril précédent, ne peut valoir pour y ajouter des dispositions nouvelles qui ne sont pas écrites textuellement dans ce décret, non plus que dans la loi du 30 juin 1851 qui en a motivé la promulgation.

Nous disons que cette instruction a outre-passé le rôle qui lui appartenait, dans les dispositions contenues aux articles 2, 3, 4, 5 et 19, relatifs aux versements faits, 1° sous le nom de tiers; 2° par des femmes mariées non séparées de biens, non paraphernales, non marchandes publiques; 3° par des mineurs adultes n'ayant ni père, ni mère, ni tuteur, — ou bien exerçant une profession, — ou placés en apprentissage ou en service.

Nous disons que les dispositions contenues dans ces cinq articles de l'instruction du 17 décembre, dont le rôle devrait être simplement réglementaire, semblent ajouter à la loi, usurper un rôle législatif et porter une atteinte formelle, expresse, littérale,

Digitized by Google

aux lois relatives à la matière des dots et aux règles sur la portion disponible et la réserve, que ces articles tendent à faire disparaître par voie détournée sous le faux semblant d'une loi d'économie populaire.

Nous disons que, dans tous les cas, la tendance inévitable de ces articles est de favoriser la fraude dans le sein des familles, et de jeter parmi le peuple, au lieu des leçons d'économie et de bien-être qu'on lui avait offertes, des germes de troubles et de divisions, une sorte de contrebande législative, dont les effets désastreux étonneront le législateur dans quinze ou vingt ans d'ici.

Nous disons qu'il faut se hâter, ou de supprimer ces articles de l'*instruction*, en restant dans le droit commun ; ou de les mettre en parfaite concordance avec les lois en vigueur, par une disposition législative formelle, qui concilie autant que possible et sans danger les anciens principes du droit civil avec les besoins nouveaux des classes populaires.

Nous disons enfin que le danger par nous signalé ne disparaîtra qu'après la cessation du conflit introduit par la promulgation de cette instruction ministérielle, et que le législateur doit aviser ; que jusqu'alors la validité de certains remboursements opérés par les caisses d'épargne peut être légitiment mise en doute.

Nous terminons en faisant appel à la sollicitude de tous les esprits élevés et prévoyants, moins jaloux d'attirer sur l'œuvre des caisses d'épargne des succès prompts et éclatants, que d'asseoir la prospérité de cette admirable institution sur les bases inébranlables de la morale et de la législation.

PEYRÉ.

Pour remédier, autant que possible, aux graves inconvénients que nous avons signalés dans les observations qui précèdent, sans compromettre l'avenir de l'institution des caisses d'épargne, nous proposons l'adoption des trois dispositions législatives suivantes. Ces dispositions, *plus ou moins modifiables*, devraient recevoir la forme et le caractère d'une loi et non d'un simple décret et encore moins d'une instruction ministérielle.

Article 1er. — Il est loisible à toute personne de faire des versements à la caisse d'épargne, au nom et pour le compte d'un tiers, majeur ou mineur, même en l'absense de ce dernier. Ces versements deviennent immédiatement la propriété du tiers

Digitized by Google

sur le livret duquel ils sont inscrits; sauf l'application des principes généraux du droit en matière de donations ou de successions, auxquels il n'est pas dérogé. Néanmoins ces sortes d'avantages sont dispensés de l'emploi des formalités ordinaires prescrites pour les donations entre-vifs et pour leur acceptation.

Nul ne peut faire de versement, soit pour un tiers soit pour son propre compte, d'une manière anonyme ou pseudonyme. Quiconque versera pour un tiers ou pour lui-même, devra déclarer ses noms, prénoms, profession et domicile, et signer la mention qui en sera faite sur le registre-matricule, ou déclarer qu'il ne sait signer.

Article 2. — Les femmes mariées, qui ne sont ni séparées de biens, ni paraphernales, ni marchandes publiques, ne peuvent personnellement faire de versements à la caisse d'épargne ni pour elles-même ni pour des tiers. Mais elles peuvent, dans les termes de l'article 1er, profiter des versements faits pour elles par des tiers.

Le retrait des sommes versées par des tiers au profit de la femme placée dans l'une des catégories comprises au paragraphe précédent, ne pourra être valablement fait que par le mari en présence ou du consentement de sa femme; et le mari en demeurera chargé envers cette dernière comme des autres constitutions dotales.

Les femmes séparées, paraphernales ou marchandes publiques peuvent librement, et sans l'assistance ou le consentement de leurs maris, faire des versements et en opérer le retrait.

Article 3. — Aucun mineur âgé de moins de douze ans, ne peut faire personnellement des versements à la caisse d'épargne; il peut à tout âge profiter, dans les termes de l'art. 1er, des dépôts faits en son nom par des tiers.

Tout mineur, âgé de douze ans et plus, peut faire personnellement des versements pour son compte, sans l'assistance ni l'autorisation de ses père, mère ou tuteur.

Le mineur non émancipé ne peut faire le retrait des sommes versées par lui ou pour lui, qu'au moyen de la quittance fournie par son représentant légal, qui devient débiteur de la somme quittancée comme il l'est de tous les autres deniers pupillaires.

Le mineur émancipé peut retirer les sommes portées à son crédit, sans l'assistance de son curateur, et comme il pourrait le faire, aux termes de la loi, en ce qui concerne ses revenus.

Digitized by Google

ÉTUDES HISTORIQUES ET CRITIQUES

SUR LES ACTIONS POSSESSOIRES,

Par M. Esquirou de Parieu, docteur en droit, ancien ministre de l'instruction publique et des cultes et président de section au conseil d'État [1].

(Article de M. Benech, professeur à la Faculté de droit de Toulouse).

> Possession vaut moult en France....
> En toute saisine, le possesseur est de meilleure condition [2].

I. — Les adages de droit coutumier, qui servent d'épigraphe à notre travail, formulés par l'un de nos jurisconsultes les plus versés dans les origines de notre jurisprudence nationale, traduisent assez exactement la valeur que l'ancien droit attachait à la possession, et que les légistes donnaient eux-mêmes à la théorie des *Remèdes possessoires*, selon l'expression autrefois reçue, ou des *Cas possessoires*, comme disaient certaines coutumes [3]. On comprend aisément cet intérêt sans qu'il soit besoin d'énumérer pour le droit français, comme l'a fait pour le droit romain un savant professeur de la faculté de Paris [4], la série des divers avantages inhérents à la possession. — La possession n'est-elle pas, en effet, un des avantages les plus saisissants et les plus ostensibles du droit de propriété; et en même temps la présomption et le symptôme le plus véhément de cette propriété, dès qu'elle est devenue litigieuse? Ses théories ne touchent-elles pas directement aux plus graves intérêts de l'économie politique, en se rattachant à la paix publique, à la sécurité générale, c'est-à-dire aux premières conquêtes de la civilisation, que des voies de fait, des conflits individuels, plus d'une fois des crimes ou des *méfets* [5] provoqués par les ardeurs ou les convoitises de la possession, pourraient à chaque instant altérer ou compromettre?

[1] Paris, 1850. Joubert, libraire-éditeur.

[2] Loysel, *Institutes coutumières*. Règles 1 et 2. (Liv. V, titre IV, *de Possession*, etc.)

[3] Voir notamment la *Coutume d'Orléans*, titre XXII.

[4] M. Blondeau, *Chrestomathie. Droit de possession*. Notes des pages 263 et suivantes.

[5] Philippe de Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis*, ch. XXXII.

Digitized by Google

C'est en se plaçant à ce point de vue d'un intérêt social de l'ordre le plus élevé, que les jurisconsultes romains avaient élaboré savamment la matière de leurs *Interdits*; que nos anciens jurisconsultes, comprenant plus particulièrement le besoin de couvrir la propriété d'une protection immédiate et pour ainsi dire d'urgence, s'en étaient préoccupés, au point que quelques-uns d'entre eux avaient consacré des traités spéciaux à cette matière [1], et que la plupart de nos grandes coutumes, qui ne réglaient, comme on sait, que la partie fondamentale du droit français, celle dont l'action et le jeu intéressaient le plus vivement les instincts nationaux et l'organisation sociale [2] avaient, consacré sous des rubriques assez variées des titres spéciaux aux actions possessoires [3]. On peut expliquer par les mêmes motifs le soin qu'avaient eu les ordonnances de décider « qu'au roi ou « à ses baillis et sénéchaux appartenait par prévention la con- « naissance des complaintes de nouvelleté en choses profanes, et « privativement à tout autre juge en matière bénéficiale, par « reconnaissance même des papes de Rome [4]. »

II. — La simplicité qui a présidé à la rédaction de nos codes, l'uniformité de notre droit actuel, produit heureux des transformations politiques, enfin l'adoucissement des mœurs publiques, en resserrant et dégageant le domaine des actions possessoires, sont pourtant loin d'avoir amoindri l'importance de cette branche du droit, témoin les nombreuses monographies qui ont récemment vu le jour, plus particulièrement celles de MM. Bélime, Carou, Alauzet et Garnier.

C'est pour explorer, à son tour, ce champ si fécond, et où l'histoire et la critique ont encore beaucoup à moissonner, que M. de Parieu a récemment publié ses *Études critiques sur les actions possessoires*.

Dès son apparition, cette monographie fit une profonde sen-

[1] Voir, notamment dans les œuvres complètes de Rebuffe (*Tract. de mat. possessor.*) et dans le *Tractatus tractatuum*, de Constantius Rogerius, *de Remediis possessoriis*.

[2] M. Dupin a mis en relief cette vérité dans son introduction aux Institutes de Loysel, par lui éditées avec la collaboration de M. Laboulaye.

[3] Voir, indépendamment du titre XXII de la Coutume d'Orléans, le titre IV de la Coutume de Paris, *de Complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, la Coutume de Normandie, *de Haro et bref de dessaisine* (art. 50 et 53), celle de Bretagne, *de Plegèments et attentats sur iceux*...

[4] Loysel, *dicto loco*, règle 24. Pothier, *de la Possession*, n° 395.

Digitized by Google

sation dans le monde savant. On se plut à reconnaître que l'auteur avait pleinement répondu à tout ce qu'on devait attendre de son expérience et de sa position sociale. La hauteur de ses points de vue, l'harmonie de l'ensemble, la sobriété des détails, la variété et la sûreté des sources où il a puisé, une allure sévère, un style exact à la fois et incisif légitimaient l'accueil empressé que reçut cette grave composition. — En touchant au vif de toutes les questions fondamentales du sujet, en négligeant les côtés accessoires ou vulgaires pour ne s'attacher qu'aux points les plus ardus de théories qui exercent la sagacité de nos plus savants jurisconsultes, et où les questions se traduisent par un intérêt d'application de tous les jours [1]; en indiquant le germe d'aperçus lumineux qu'il laissait généreusement à d'autres le soin de développer, à l'imitation de ce jurisconsulte romain, qui, au dire de Cujas, *plus in recessu quàm in fronte habebat* ; en combinant enfin dans des proportions convenables l'histoire et la philosophie, la théorie et la pratique, surtout en faisant dominer, sur tous ces éléments, le procédé critique, M. de Parieu imprimait à son œuvre le cachet d'originalité et faisait preuve d'un talent fortement marqué d'une individualité des plus heureuses.

III. — Il ne faut donc pas s'étonner si ses *Etudes sur les actions possessoires* ont fixé l'attention des jurisconsultes français et étrangers. Il n'est pas un seul recueil, une seule *revue* de droit ou de jurisprudence qui n'ait apprécié à sa juste valeur cette production considérable. — Dans le sein de l'académie de législation de Toulouse, qui regarde à la fois comme une bonne fortune et un honneur l'envoi que l'auteur lui fit de son livre, celui-ci devint dans le même sens l'objet d'un rapport intéressant de l'un des magistrats les plus éclairés, associés à cette compagnie [2].

[1] Je ne puis à cet égard souscrire à cette observation de M. le docteur Ginouillac, qui a écrit que l'on serait tenté de reprocher à M. de Parieu, d'avoir mis sa science au service d'une petite cause. (*Revue bibliographique et critique*, livraison de mars et d'avril 1853, page 13.) Une matière qui touche aux premiers intérêts de la société et de la propriété, dont les solutions influent directement sur les mœurs et la pratique de tous les jours, *n'est pas une petite cause*. J'adhère d'ailleurs à la plupart des observations du savant critique sur le mérite de l'œuvre dont il entretient les lecteurs de la *Revue bibliographique*.

[2] Recueil de cette Académie, tome I, année 1851-1852, pages 69 et suivantes.

Digitized by Google

— En Allemagne, plusieurs érudits, notamment M. Varkœnig, professeur à l'université de Tubengue ; et deux des plus savants professeurs de l'université d'Heidelberg, MM. Mittermayer [1] et Renaud [2] en ont rendu un compte des plus favorables, ou du moins fait une mention des plus honorables.

IV. — Je n'ai pas l'intention d'ajouter ici mon appréciation personnelle à toutes celles qui ont été déjà formulées ; car quelle valeur ou quelle autorité pourrait présenter à M. de Parieu mon suffrage, après tous ceux qu'il a déjà recueillis? Je m'abstiendrai donc d'exprimer tout ce que je pense sur la liaison et l'entente qui existent entre les diverses parties du travail, sur les observations philosophiques concernant les rapports de la possession avec le droit de propriété (chapitre Ier); sur la précision avec laquelle l'auteur a mis en relief les différences profondes qui séparent les interdits romains de nos actions possessoires (chapitre III) ; sur l'esprit d'analyse pénétrant avec lequel, dans l'exposition de l'histoire du droit, il a démêlé tour à tour les influences germaniques des influences du droit canonique et du droit féodal [3] ; sur la lucidité saisissante avec laquelle il a montré l'annalité de possession passant, ou tombant, au moyen âge et à la faveur du réveil du droit romain, de la sphère pétitoire dans la sphère possessoire (chap. IV, V, VI et VII), plus généralement sur la solidité de ses déductions; enfin sur la fermeté avec laquelle il a combiné et conduit la marche générale de l'œuvre pour aboutir aux temps modernes et reconstruire ainsi la longue chaîne qui unit au passé le présent (chap. VIII, IX et X). Je me bornerai seulement à reprendre les points principaux qui ont été relevés par mon savant et honorable collègue, M. Renaud, en son compte rendu du livre de M. de Parieu.

La juste renommée dont M. Renaud est en possession, l'auto-

[1] *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, livraison du mois de juillet 1853, à l'occasion du tome IV de l'*Histoire du Droit français*, par M. Laferrière.

[2] *Revue de Législation* de M. Wolowski, 1853, pages 376 et suivantes. Article traduit de l'allemand par M. Ginouillac.

[3] Cette séparation, ou, si l'on veut, cette distinction des diverses influences qui ont agi successivement sur les actions possessoires est le véritable siége des difficultés (ainsi que l'a très-bien remarqué M. Warkœnig, *dicto loco*), dans une matière où la grande confusion des documents et du langage des auteurs a produit une obscurité et des embarras qui frappent tous ceux qui cherchent à l'approfondir.

Digitized by Google

rité qui s'attache à ses opinions, la concision avec laquelle il produit ses idées, en dernière analyse, ce qu'il y a de grave dans ses dissentiments avec l'auteur, m'ont paru mériter l'examen spécial auquel je vais me livrer. Les jurisconsultes d'outre-Rhin ne peuvent intervenir dans une polémique quelconque, sans provoquer aussitôt l'attention la plus sérieuse. — Il semble même que lorsqu'ils se placent sur le terrain des actions possessoires, qui a été chez eux si profondément remué par des hommes tels que les Savigny, les Albrecht, les Mittermayer, et tant d'autres jurisconsultes d'un ordre supérieur [1], dont notre Klymrath s'était constitué le fervent disciple [2], l'autorité de ces jurisconsultes grandit encore... Telles sont les diverses considérations qui m'ont engagé, dans un intérêt purement scientifique, à vérifier le mérite des principales observations critiques de M. Renaud, vérification au sujet de laquelle je n'ai pas la folle prétention de me constituer arbitre du camp, mais seulement de jouer le rôle d'observateur attentif, exprimant impartialement ses impressions et ses opinions.

V. — Après avoir montré le lien qui unit les diverses parties du plan adopté par M. de Parieu, analysé sommairement chacune de ses divisions principales et apprécié les qualités qui se font distinguer dans l'exécution [3], M. Renaud combat entre autres cette opinion de M. de Parieu, que dans notre législation moderne, la complainte et la réintégrande ont été fusionnées et se trouvent ainsi régies par les mêmes conditions et les mêmes principes. M. Renaud croit à la survivance de la distinction entre les deux actions dont il trouve les preuves, soit dans l'art. 2060, § 2 du Code Napoléon, mentionnant nominativement la *réintégrande*, pour l'exécution de laquelle la contrainte par corps a lieu, soit dans l'exposé des motifs de M. Treilhard sur le titre du Code de procédure, auquel appartient l'art. 23. « Il est, dit-il, permis d'en conclure que la complainte et la réintégrande *ont conservé leur existence* [4]; » et par voie de conséquence, comme cela doit s'en-

[1] Voir le tableau de la littérature juridique de l'Allemagne sur cette matière, dans *le Traité de la Possession*, par M. de Savigny, traduit par M. J. Beving. (Introduction.)

[2] Études sur *la Saisine*, *Revue de Législation* de M. Wolowski, tome II, et *Histoire du Droit français*, tome II, pages 339 et suivantes.

[3] *Revue de Législation*, *dicto loco*, pages 377 et 378.

[4] *Revue*, *dicto loco*, page 385-386.

Digitized by Google

tendre, que la réintégrande n'exige que la possession instantanée, comme le soutiennent tous les partisans du même système.

VI. — Examinons ce premier point.

Pour ce qui est d'abord de l'exposé des motifs de M. Treilhard, je confesse que je n'ai rien vu dans cet exposé qui puisse venir à l'appui de la doctrine de M. Renaud ; car ce conseiller d'État se borne à dire, en parlant des actions possessoires, que « sur cette « partie comme sur toutes les autres, les auteurs du Code de « procédure ont conservé tout ce qui leur a paru bon, sans aspi- « rer à la vaine gloire de faire du nouveau [1]. » — Cette déclaration faite ainsi d'une manière générale ou si l'on veut destituée de toute précision, ne contient comme on voit aucune induction, ayant un trait direct à la controverse actuelle. Reste donc la disposition de l'art. 23 du Code de procédure, qui dispose que : « Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles « auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui, « depuis une année au moins étaient en possession paisible, « par eux ou les leurs, à titre non précaire. » Eh bien! c'est dans ce texte que je trouve, avec M. de Parieu et un très-grand nombre d'auteurs du plus grand poids, et notamment M. Troplong [2], la preuve irréfragable de cette vérité que la réintégrande n'est plus dans notre droit qu'une des espèces ou des variétés de la complainte. La question est très-controversée, et M. Renaud pouvant invoquer en sa faveur de très-graves autorités, et notamment celle de M. Henrion de Pansey [3] et de la Cour de cassation [4], cette thèse étant d'ailleurs capitale, il importe d'insister un peu. Toutefois comme je suis obligé de me restreindre, je me bornerai à grouper ce qu'il y a de plus saillant dans l'histoire du droit, qui seule peut nous aider à saisir la véritable portée de l'art. 23 déjà cité.

VII. — Le droit romain distingue avec soin l'interdit *retinendæ possessionis*, se subdivisant en interdits *uti possidetis* et *utrubi*, selon qu'il s'agit de choses immobilières ou de choses mobilières,

[1] Locré. *Code de procéd.*, tome I. *Éléments du Comm.*, XI.

[2] *De la Prescription*, tome I, nos 296 et suiv. *De la Contrainte par corps*, comment. de l'art. 2060 du Code Napoléon, nos 84 et suiv.

[3] *De la Compétence des juges de paix*, ch. LII.

[4] Voir les divers arrêts rendus par cette Cour en ce sens, dans le Code de procédure, annoté par M. Gilbert sur l'art. 23.

Digitized by Google

correspondant à notre action en complainte, et l'interdit *undè vi* ou *recuperandæ possessionis* [1], correspondant à notre action en réintégrande ; ce sont là des points élémentaires. A l'époque de la renaissance du droit romain, c'est-à-dire de l'introduction en France de la codification de Justinien, les légistes s'assimilèrent sinon entièrement, du moins par une grande analogie [2] la distinction dont je viens de parler et mirent notamment une grande différence entre l'action possessoire pour dessaisine opérée par la force (complainte de force), et la complainte par simple trouble (complainte de trouble) [3].

L'histoire explique très-logiquement l'emprunt romain dont je viens de parler, soit parce que dans le sein de l'anarchie féodale, et d'une société opprimée par la force, où le fait aspire toujours à prendre la place du droit, les actes de violence étant plus fréquents et plus graves, il fallut nécessairement établir des moyens de répression plus actifs, soit parce que le droit canonique exerçant une autorité prépondérante à l'époque de la plus haute suzeraineté pontificale, introduisit et fit donner en faveur de la possession des bénéfices la célèbre maxime *spoliatus antè omnia restituendus*, créée d'abord en faveur des évêques dépouillés de leurs siéges, et dont on fit bientôt l'application la plus abusive [4].

Mais à compter du XIVe siècle, dès que la féodalité fut en déclin, que les mœurs tendirent à se policer et à se discipliner sous l'ascendant modérateur du pouvoir royal, dès que le droit civil aspira d'un autre côté à se régulariser, ces deux actions cherchent à se rapprocher et à se fondre l'une dans l'autre, et si elles

[1] *Institutes*, liv. IV, tit. XV, § 4 et 6.

[2] Voir sur le caractère et l'étendue de cette assimilation, M. Troplong, *de la Contrainte par corps*. Comment. de l'art. 2060, Code Napoléon, nos 96 et suiv.

[3] *Établissements de saint Louis*, liv. II, ch. IV, et sur ces Établissements, M. Beugnot, liv. III et V. Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, ch. XXXII, édit. Beugnot.

Pierre Desfontaines (*Conseil à un ami*) parle aussi de la complainte de force, ch. XXIX, no 19, édition Marmier, page 349. Il parle aussi de l'entredit de force.

[4] M. de Savigny l'a démontré dans son traité de la possession déjà cité, § 50 *de l'Action spolii*, pages 445 et suivantes. On sait que cette maxime est empruntée à des canons du *Recueil pseudo-Isidorien*. (Canons 3 et 4, *causa* 3, quest. 1, 2e partie du décret Gratien.) C'est aussi le Droit canon qui a donné à l'interdit *Undè vi* le nom de réintégrande.

Digitized by Google

restent encore distinctes en théorie, elles se trouvent fusionnées dans la pratique judiciaire, qui a absorbé la réintégrande dans la complainte. — Le premier président Simon de Bucy aurait puissamment concouru à cette fusion que Jean Faber constate à plusieurs reprises de la manière la plus positive, dans son remarquable commentaire du § *Retinendæ possessionis* aux Institutes[1].

Scio (c'est un chancelier qui parle ainsi) *quod in curiâ Franciæ semper concludunt in turbativâ*[2]. C'est donc, comme je le disais, la complainte qui a absorbé en elle la réintégrande. L'annotateur de Faber confirme l'exactitude de cette assertion[3].— Bientôt après, Dubreuil[4], l'auteur du Grand Coutumier, et au XVIe siècle, Loysel[5] et Delaurière[6], confirment la même tradition.

Dans le siècle dont je viens de parler, le mouvement général de la rédaction et de la réformation des coutumes éleva cette proposition à la hauteur d'un fait législatif, car le plus grand nombre de coutumes[7] et notamment la coutume de Paris, qui était, selon l'expression d'Étienne Pasquier, comme un miroir dans lequel venaient se réfléchir toutes les autres, ne mentionnent plus que la complainte[8].

Il est à remarquer que cette fusion des deux actions possessoires en une seule n'offrait au fond rien d'arbitraire. Elle reposait sur cette doctrine admise successivement par la Glose et par Bartole sur les lois SI QUIS, *de adquerendâ vel amittendâ possessione*, QUOD ET, *eum igitur*, et QUI POSSESSIONEM, *de vi et de vi armatâ*, que le spolié qui se préparait à recouvrer sa possession dans le délai légal était censé ne l'avoir jamais perdue[9]. Delaurière l'ex-

1 L'annotateur de Jean Faber dit avec raison : « In hoc §, D. Joannes Faber latiùs scribit quàm cœteri doctores, et ideò nihil novi potest addi quod « non dixerit. » (Page 181.)

2 Page 179. Les auteurs opposent la voie *turbativa* à la voie *expulsiva*.

3 *Ibid.*

4 Cité par Delaurière en son glossaire, 8e complainte.

5 *Dicto loco*, règle II.

6 *Dicto loco.*

7 Les coutumes ont ici d'autant plus d'autorité, que par leur nature même elles se bornent à daguerréotyper la vie sociale.

8 Voir l'art. 96 de la coutume de Paris et le tableau des autres coutumes analogues dans M. Troplong. *Traité de la prescription*, tome I, page 482-483, note 4.

9 Voir sur cette doctrine les *Institutes de Schnedwint*, page 930.

Digitized by Google

plique en disant que celui qui avait été spolié conserve toujours la saisine, jusqu'à ce qu'un autre l'ait acquise [1]... Il indique par là, la doctrine qui s'était établie très-certainement sur les textes et à l'aide des autorités que nous venons d'indiquer [2].

L'ordonnance de 1667 fut au fond plus favorable que contraire au maintien ou à la consécration de ce mouvement, car si dans un seul de ses textes, l'art. 2 du titre XVIII, elle mentionnait la *réintégrande* comme action distincte de la complainte, c'était uniquement pour déclarer que le possesseur dépouillé violemment avait l'action civile et l'extraordinaire, et que s'il a choisi l'une de ces deux actions, il ne pourra se servir de l'autre, si ce n'est qu'en prononçant sur l'extraordinaire on lui eût réservé l'action civile.

Le courant de la doctrine des auteurs resta donc après l'ordonnance de Louis XIV ce qu'il était auparavant, et le plus grand nombre d'entre eux, ceux surtout qui recueillaient et classaient les principes généraux du droit commun, tels que Guy-Coquille [3], Pocquet de Livonière [4], Prévot de la Jannès [5], Domat [6], Bourjon [7], ne se préoccupaient que de la complainte ou enseignaient formellement que les deux actions étaient régies par les mêmes principes [8]. Pothier résumant cette doctrine et lui imprimant le sceau de son autorité, déclare nettement que dans notre droit la réintégrande *n'est qu'une branche de l'action* en complainte [9].

Sans doute, un très-grand nombre d'autres auteurs exposent encore les règles de la réintégrande à côté de celles de la complainte, comme on peut le voir par exemple dans Serres et Bou-

[1] *Glossaire, ibid.*, page 274.

[2] C'est par suite d'un raisonnement analogue que les jurisconsultes romains laissèrent tomber en désuétude l'interdit récupératoire *de clandestinâ possessione.* « Cela arriva, » dit très-bien M. Pellat (*Introduction aux principes généraux du Droit romain sur la propriété*, n° 47), « parce qu'on finit « par admettre que le précédent possesseur devait être considéré comme « possédant encore, et comme pouvant par conséquent invoquer l'interdit « *Uti possidetis.* » *Sic* M. Du Caurroy, *Inst. expl.*, t. II, p. 488, note A. Ces raisons conservent de nos jours toute leur autorité.

[3] Institutions au Droit français. V° SAISINE, tome II, page 122.

[4] Règles du Droit français. *De la prescription.* Règles 7 et 8.

[5] Principes de la Jurisprudence française ; *des Actions poss.*, tome I, n° 24.

[6] Supplément des lois civiles ; liv. IV, tit. 1er, n° 8.

[7] Droit commun de la France, tit. IV, ch. I, sect. IV, n° 30. (T. II, p. 411.)

[8] Argou semble se séparer de cette doctrine (Inst. au Droit français, I, 242). Mais ce n'est que par une induction qui est beaucoup atténuée par sa doctrine sur les conditions des actions possessoires, tome II, liv. IV, ch. II.

[9] *De la Possession*, n° 108.

Digitized by Google

taric sur les Institutes, mais cette exposition séparée, ils ne la formulent qu'au point de vue de la doctrine pure du droit, basée sur les lois romaines, tandis que ceux qui se placent au point de vue *du fait* ou *de la pratique*, constatent l'effacement de la réintégrande, comme on peut le voir par le témoignage positif de Claude de Ferrière[1]. Ferrière est au XVIIe siècle l'écho de Loysel, comme Loysel était dans le siècle précédent l'écho de Jean Faber.

Ainsi, grâce aux souvenirs du passé, grâce surtout au respect qu'inspiraient les textes du droit romain, même quand la vie s'était retirée d'eux, la réintégrande survivait ou surnageait encore dans l'économie des auteurs, mais elle n'était plus à vrai dire qu'une lettre morte, elle n'y jouait plus qu'un rôle purement honoraire ou nominal ; elle avait cessé depuis longtemps d'exister ou de fonctionner dans les réalités du monde judiciaire.

Cette observation sert à concilier les divergences des auteurs qui ne sont qu'apparentes. — Ainsi, par exemple, Jean Faber lui-même, après avoir constaté, comme on l'a vu, sur le § *Retinendæ possessionis*, que la complainte est seule reçue dans la pratique, n'en expose pas moins les théories de l'interdit *undè vi* sur le § *Recuperandæ possessionis*. Ainsi, encore dans le siècle suivant, on voit Guypape distinguer les principes du droit romain, suivis dans le Dauphiné qu'il habite, de la coutume qui était pratiquée à Lyon, lieu de sa naissance, et dans le nord de la France[2].

C'est en présence de ces faits qu'a été élaboré et décrété l'article 23 du Code de procédure, beaucoup plus significatif que l'art. 10, § 5, du décret du 24 août 1790. — Il a été élaboré par des hommes qui avaient une connaissance parfaite de ces traditions, qui avaient passé leur vie dans le milieu du droit coutumier et de l'ordonnance de 1667, encore en vigueur. Le silence qu'il garde sur la réintégrande, quand celle-ci était mentionnée, comme on l'a vu dans l'art. 2 du titre XVIII de la même ordonnance, le soin qu'il a de régler toutes les actions possessoires par une même formule, sans distinction aucune, ne peuvent s'expliquer que par l'intention de convertir en droit ce qui était depuis

[1] Sur l'art. 96 de la coutume de Paris, n° 17 ; il dit nettement : « La réintégrande est comprise dans la complainte. » Voir aussi le *Dictionnaire de pratique*, V° COMPLAINTE. L'article de Rousseau de Lacombe, *eodem verbo*, aboutit au même résultat. Il en est de même de l'esprit des Conférences de Bornier sur le tit. XVIII de l'ordonnance.

[2] Question 552, au comm.

Digitized by Google

longtemps reçu dans la pratique[1] (rôle ordinaire du législateur), c'est-à-dire de fondre les deux actions en une seule. — Cette rédaction a été certainement intentionnelle. Ainsi tout s'explique et se coordonne dans ce système ; les faits, la doctrine des auteurs, et les transformations du mouvement législatif n'ont été que l'expression fidèle des tranformations qui se sont opérées dans les mœurs et dans les habitudes sociales.

VIII. — L'esprit de l'art. 23 du Code de procédure étant ainsi connu, le second argument que fournit à M. Renaud l'art. 2060, § 2, du Code Napoléon sera facilement écarté.

En effet, si la réintégrande se trouve mentionnée *incidemment*, comme le reconnaît M. Renaud lui-même[2], ce n'est que par reproduction des dispositions de l'art. 4 du titre XXXIV de l'ordonnance de 1667[3]. Le § 2 de l'art. 206 n'a donc d'autre signification que celle qu'il avait sous l'ordonnance; son objet n'a pu changer, parce qu'il a été transporté de l'ordonnance dans le Code. — Or, nous avons précédemment établi que sous le régime de l'ordonnance comme antérieurement sous les coutumes, la fusion des deux actions était déjà opérée, fusion qui nous rappelle à quelques égards celle qui s'opéra dans une certaine mesure, sous Justinien, entre les interdits *Utrubi* et *Uti possidetis*[4]. Quand l'article 2060, § 2, parle donc de la réintégrande, il en parle comme l'art. 4 du titre XXXIV de l'ordonnance, c'est-à-dire comme d'une action comprise dans la complainte. Le fait historique et l'origine de ce texte du Code Napoléon sont ici décisifs. J'estime donc, par ces divers motifs, que la doctrine de M. de Parieu est la seule admissible.

La doctrine que je combats, d'accord avec M. de Parieu, viole le texte de l'article 23 du Code de procédure dont elle méconnaît l'esprit et fait une fausse interprétation de l'art. 2060, § 2, du Code Napoléon ; elle a contre elle l'histoire et la philosophie du droit ; elle exhume mal à propos une maxime du droit canonique, en-

[1] M. Lanjuinais était donc autorisé à dire que *c'était là le Droit commun depuis des siècles.* — Répert. de Merlin, V° *Voie de fait*, page 654.

[2] Revue de Législation, *dicto loco.*

[3] L'identité de rédaction est frappante. Voilà pourquoi, comme il ne s'agissait que de la consécration d'un texte, qui n'avait rencontré aucune objection dans l'ancien droit, le § dont il s'agit ne donna lieu à aucune observation dans le conseil d'État. (Fenet, tome XV, page 140.)

[4] Inst. *Dicto titulo*, § 4, *in fine.*

Digitized by Google

tachée d'une double usurpation : la maxime est usurpatrice en effet, et parce qu'elle doit son origine à une fausse décrétale, et par ses empiétements sur les matières du droit civil. — Elle rappelle enfin une société essentiellement différente de la nôtre, en un mot elle constitue un anachronisme flagrant. Au surplus, tous les Germanistes ne partagent pas à ce sujet l'opinion de M. Renaud, et nous pouvons lui opposer celle d'un de ses anciens collègues, M. Zachariæ [1], dont les opinions jouissent en France d'une autorité qui va toujours croissant.

IX. — Mais, fût-il vrai que la réintégrande conservât encore sous le régime de l'art. 23 du Code de procédure une existence individuelle, pourrait-on admettre l'exactitude de ce reproche que M. Renaud adresse encore à M. de Parieu, de n'avoir pas reconnu que cette action devrait s'appliquer aux meubles comme aux choses immobilières, et à des meubles isolés ou considérés comme corps certains? M. Renaud invoque, en effet, à titre d'argument principal, non plus le Code de procédure, qu'il reconnaît n'accorder sa protection qu'aux immeubles, mais l'art. 1293, § 1er, du Code Napoléon [2], qui dispose que par exception la compensation n'a pas lieu dans le cas 1° *de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.*

Ce texte s'occupe donc principalement de meubles à titre singulier, d'où il suit que M. Renaud s'en étayant ne restreint pas seulement son opinion au cas où il s'agirait d'une universalité

1 Droit civil théorique français. Ed. de Strasbourg, tome I, § 191, *in fine.* Le savant jurisconsulte fait remarquer avec raison (note 9 de la page 392) que les motifs d'ordre public que l'on invoque pour justifier l'opinion contraire, ne lui paraissent pas concluants sous l'empire d'une législation punissant de peines plus ou moins sévères toute espèce de violences contre les personnes, ainsi que toute destruction ou dégradation de propriété. (Code pénal, art. 295, 329, 430 et suiv. 471, 475.) M. Zachariæ ajoute, avec non moins de raison, selon moi, qu'il est d'autant plus surprenant que la Cour de cassation persévère dans l'opinion contraire, que cette Cour avait, dans ses observations sur le Code de procédure, posé des principes diamétralement opposés. — En lisant ces observations formulées en un projet de loi, il est facile de constater, notamment par les art. 35 et suiv., que la Cour de cassation, comme l'a réalisé le Code, voulait soumettre l'action en complainte et l'action en réintégrande à des principes uniformes; c'est-à-dire consacrer la pratique constante. (V. Sirey, 1809, p. 1.)

L'opinion que j'émets ici est déjà assez ancienne pour moi : je l'ai professée en 1838 dans mon Comm. sur la loi des justices de paix, page 239 et 240. — La réflexion n'a fait que me confirmer dans ce sentiment.

2 Revue, page 387.

Digitized by Google

de meubles, mais l'étend à tous les cas où il s'agit de choses mobilières.

X.— Avant d'examiner la portée de ce texte, constatons que M. Renaud dit qu'il *considère comme admis* ce point historique, qu'il en était de même dans l'ancien droit.— J'ignore quels sont les jurisconsultes qui ont concédé ce point, concession qui serait tout à fait gratuite, car j'estime que la proposition contraire est seule exacte.— C'est ce qu'il faut établir avant d'apprécier l'argumentation reposant sur le texte déjà cité du Code Napoléon.

En droit romain, il est certain qne l'interdit *undè vi* ne s'appliquait taxativement qu'aux choses immobilières et ne pouvait être réclamé ou exercé pour les meubles.— Ulpien s'en explique clairement dans le § 6 du frag. 1er de *vi et de vi armatâ* [1]. Il en donne cette raison que le spolié peut exercer d'autres actions, les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, et l'*actio ad exhibendum* [2]. Il est bien vrai qu'au XIIIe siècle les légistes dérogeaient sur ce point aux doctrines romaines. Soit pour faire face à la violence inouïe des mœurs, soit par suite de l'influence et de l'invasion dans les matières profanes du droit canonique qui étendait aux meubles la maxime déjà citée [3], ils se crurent obligés d'admettre la réintégrande comme la complainte par force, en matière de choses mobilières, sans aucune distinction entre les meubles isolés ou les meubles considérés comme universalité. Le témoignage de Beaumanoir est positif sur ce point [4]. Bouteiller l'atteste aussi pour le siècle suivant [5] et au XVIe, Jean Imbert, dans la pratique civile et criminelle [6] dont Cujas faisait le plus grand cas [7] et Cujas lui-même enseignaient qu'à la différence du droit romain, l'interdit *undè vi* s'appliquait chez nous aux meubles.— Mais à la suite de la réformation des coutumes, un grave changement s'opéra dans les actions possessoires appliquées aux meu-

[1] Illud in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere.

[2] M. de Savigny l'explique par cette raison que l'interdit *utrubi* suffisait pour recouvrer la possession, lorsque l'on y recourait assez tôt. (Traité de la possession, § de l'interdit *Undè vi*.)— M. Du Caurroy paraît avoir adopté cette opinion. (Inst. expliq., note B de la page 491.)

[3] *Reintegranda* SUNT OMNIA, disent les deux canons III et IV qui introduisirent la maxime : *Spoliatus antè omnia restituendus*. Les canonistes sont d'accord sur ce point. M. de Savigny (*dict. loco*, §§ 40 et 50) le constate.

[4] Coutume de Beauvoisis, ch. XXXII, § 15.

[5] Som. rural., ch. XXII.

[6] Ch. XVII, § 1, page 102.

[7] Sur le titre du Code : *Undè vi*, tome IX, colonne 1048.

Digitized by Google

bles. La complainte ne fut plus admise que pour *universalité de meubles*, et à part cette exception, l'interdit romain *utrubi* fut complétement abrogé [1]. Les auteurs en donnaient cette raison générale que le droit français, s'inspirant de l'esprit germanique fortifié de l'esprit romain, ne prend pas les meubles en grande considération : « Vilis et abjecta mobilium possessio, » et ils basaient l'exception relative à l'universalité des meubles [2], sur ce que cette universalité revêtait par son importance une sorte de caractère immobilier : « Sapit quid immobile [3]. » L'art. 1er du tit. XVIII de l'ordonnance de 1667, confirma pleinement la réforme des coutumes. Sous l'influence de ce double mouvement législatif, et toujours à la faveur soit de l'affaiblissement de l'autorité du droit canonique, soit de l'adoucissement des mœurs publiques, il arriva que les auteurs ou déclarèrent franchement que l'action en réintégrande ne pouvait plus être demandée comme la complainte dont elle était une branche que *pour une universalité de meubles* [4], ou que les autres, ne se préoccupant plus de cette exception, ne l'admirent plus qu'en matière *d'héritages*, de *droits réels* et ne la considérèrent plus que comme régie par le droit romain, auquel elle était ainsi ramenée, après une déviation assez longue. — Je puis citer, en ce sens, Etienne Pasquier [5], Delaurière [6], Petrus Grégorius Tolosanus [7] et Pothier qui dit très-nettement : « *Dans notre droit* la réintégrande n'a pas lieu pour les meu- « bles [8]. »

Qu'a fait le Code de procédure ?

Dans son article 23, on a pu le remarquer, il n'a pas reproduit ou conservé l'unique exception que l'ancien droit et l'ordonnance

[1] Voir sur ce point l'art. 97 de la Coutume de Paris, et dans le même sens, les textes cités par Klymrath (Ét. sur les Cout., t. II, p. 259 et suiv.). — Antoine Fontanois, annotateur de la Pratique de Mazuer, écrivait : L'interdit *utrubi*, pour chose mobile, n'est plus en usage en France (p. 170).

[2] Voir encore les commentateurs de la coutume de Paris, sur l'art. 97 déjà cité.

[3] Duplessis et Brodeau, *dicto loco*.

[4] Rodier, Quest. sur l'ord. de 1667, q. 2, tit. XVIII.

[5] Institutes de Justinien, liv. IV, ch. VII.

[6] Glossaire, *dicto loco*.

[7] *Syntagma Juris univ*, liv. XXXVI, cap. XXXV, nº 14, ouvrage trop peu cité. Grégorius Tolosanus est une des gloires de l'université de Toulouse.

[8] De la Possession, nº 108, et Introduction au titre XXII de la coutume d'Orléans, nº 41.—Le procureur Denisart, est le seul qui enseigne le contraire (V. *Complainte*, tit. XVI.) — Son dissentiment isolé ne saurait troubler l'harmonie des autres auteurs.

Digitized by Google

avaient apportée à l'abrogation de l'interdit *Utrubi*, il n'y est point dit, comme dans l'art. 97 de la coutume de Paris, et comme dans l'art. 1er du titre XVIII de l'ordonnance, que les actions possessoires pourront avoir lieu pour *l'universalité de meubles*. De ce changement de rédaction, ou de ce retranchement, un très-grand nombre d'auteurs [1] ont conclu que l'exception n'existait plus. Si cette opinion, que je partage, est exacte [2], il s'ensuit manifestement qu'on ne saurait admettre la simple réintégrande pour des meubles à titre singulier, quand la complainte ne le serait pas même pour une universalité de meubles. — Mais en adoptant, pour un moment, l'opinion contraire, soutenue, j'en conviens, par un très-grand nombre d'auteurs recommandables [3]; tout ce qu'on pourrait en conclure, c'est que la réintégrande étant considérée comme une branche de la complainte, ne devait être admise que pour une *universalité de meubles*, en appliquant sous notre droit cette maxime des anciens auteurs que, par fiction, l'universalité mobilière *sapit quid immobile*. Mais en aucun cas, on ne devrait en conclure l'admissibilité de la réintégrande pour des meubles ne constituant pas une universalité. Comment admettre, en effet, que (même dans le système le plus favorable à l'opinion de M. Renaud) le Code de procédure ait, en matière d'actions possessoires pour les meubles, restreint si considérablement l'interdit *Utrubi* en ne maintenant plus que pour un cas unique, celui de l'universalité, et qu'il ait en même temps donné à l'interdit *Undè vi*, une extension qu'il n'avait pas ? Cela impliquerait contradiction.

XI. — L'opinion de M. Renaud ne peut donc pas être admise. Elle a d'ailleurs contre elle une autorité des plus graves, celle de M. Bigot-Préameneu, qui, dans son exposé des motifs du titre de la prescription disait d'une manière générale : « *Dans le droit français, « on n'a point admis à l'égard des meubles une action « possessoire distincte de celle sur la propriété* [4]. » Ces paroles sont décisives.

XII. — Il sera maintenant aisé de répondre à l'induction prise de l'art. 1293, § 1er, du Code Napoléon. Les sources de ce texte

[1] Voir l'indication qu'en fait M. Gilbert dans le Code de procédure, art. 23. Leur opinion me paraît corroborée par l'art. 3 C. pr.

[2] Je ne connais pas d'exemple d'une complainte ou réintégrande exercée pour des meubles.

[3] M. P. Gilbert, *ibid.*

[4] Fenet., tome XV, page 600. — Ajoutons que la Cour de cassation dans les

Digitized by Google

sont parfaitement connues ; il a été, comme tant d'autres, emprunté par les rédacteurs du Code, à Pothier en son traité *des Obligations* [1]. — Or Pothier n'admettait pas, comme on l'a vu dans notre droit, la réintégrande pour les meubles. Il ne voulait donc parler, quand il mentionnait une action *en restitution de meubles*, que d'une restitution ordonnée, non pas à la suite d'une action possessoire, mais à la suite d'une action engagée au civil ou au criminel [2]. Nous pouvons par suite dire du § 1er de l'art. 1293 ce que nous avons dit du § 2 de l'art. 2060, que l'esprit de ce texte ne s'est pas altéré en passant dans le Code.

Une coïncidence frappante que l'on n'a pas jusqu'ici relevée, vient donner le caractère de l'évidence à cette démonstration. En effet, c'est précisément M. Bigot-Préameneu, dont nous invoquions tout à l'heure le témoignage, qui a exposé au Corps législatif les motifs du titre *des obligations* reproduisant le langage de Pothier, comme le projet reproduisait sa formule, devenue celle de l'art. 1293 ; le conseiller d'État légitimait ce texte par l'adage *spoliatus antè omnia restituendus* [3]. Mais si M. Bigot-Préameneu disait cela devant le Corps législatif, le 7 pluviôse, an XII, (28 janvier 1804) et s'il entendait parler d'une réintégrande de meubles ordonnée sur une simple action possessoire, comment donc le 17 ventôse suivant (8 mars 1804), c'est-à-dire un mois après, aurait-il affirmé devant le même Corps législatif, que *dans le droit français on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété ?* Il est impossible d'admettre qu'un conseiller d'Etat, si grave et si éclairé, se soit en si peu de temps mis en opposition flagrante avec lui-même. Quant à l'objection prise du besoin de réprimer les actes attentatoires au patrimoine mobilier, on y répond victorieusement en reproduisant ce que nous avons dit précédemment au sujet de la réintégrande en général. Les articles 379, 408 et 409 du Code pénal combinés avec les autres dispositions de ce Code et de celles du Code d'instruction criminelle déjà citées, couvrent suffisam-

observations ci-dessus citées, proposait une rédaction qui n'appliquait taxativement les actions en complainte et en réintégrande qu'à la possession d'un immeuble *ou d'un droit immobilier*. (Art. 35 du projet.) La Cour de cassation constatait la pratique suivie ; et la loi a consacré l'esprit de sa rédaction.

[1] N° 625.

[2] V. sur l'exercice de l'action criminelle dans notre droit, art. 3, 63, 66, 358, 366 C. inst. crim., Code pénal, 10 et 51.

[3] Fenet. *Dicto loco*, page 282.

Digitized by Google

ment la propriété mobilière et nous pouvons aussi nous approprier sous quelques rapports, les observations que faisait Ulpien dans le § 6 du fragment Ier *de vi* et *de vi armatâ*.

XIII. — Toutefois, si j'adopte l'opinion de M. de Parieu, je n'admets pas l'explication de l'influence qu'il accorde à la maxime de l'art. 2279, § 1er, du Code Napoléon, *en fait de meubles, la possession vaut titre;*

« Il résulte en effet, dit M. de Parieu, de cette règle du Code « que la possession des meubles qui serait suffisante pour l'exer- « cice des actions possessoires, l'est aussi presque toujours pour « l'exercice de l'action pétitoire, à l'égard de ces mêmes meubles, « qui rend leur seule possession inutile. »

La véritable raison, selon nous, qui a fait interdire les actions possessoires en fait de meubles est prise de ce que la maxime *en fait de meubles, la possession vaut titre*, ayant prévalu, le juge du possessoire aurait implicitemement jugé le pétitoire, ce qui est contraire à l'histoire constante du droit et à l'économie générale de notre législation. (Art. 24 et 25 Code de procédure.)

XIV. — Après avoir ainsi apprécié les points fondamentaux de la controverse qui s'est élevée entre MM. de Parieu et Renaud, je serai très-bref sur les autres observations que j'ai à faire concernant quelques autres critiques adressées par le savant jurisconsulte d'Heidelberg à son confrère de Paris, et sur quelques autres points de la monographie.

Je reconnais bien volontiers que les aperçus que présente M. Renaud sur la *simple saisine* auraient trouvé une place très-convenable dans le chapitre où l'auteur a examiné la saisine, ses caractères et ses développements [1], mais je n'ai remarqué dans ce chapitre aucun point de vue qui m'ait paru rigoureusement inexact. — Peut-être aurait-on pu souhaiter que l'auteur eût indiqué les rapports historiques qui ont existé entre la *simple saisine* et la possession nécessaire pour la prescription [2].

XV. — Dans le chapitre VII consacré à l'examen de la *protection accordée à la possession par le droit canonique*, l'auteur énumère avec soin les diverses dérogations apportées par ce droit aux doctrines romaines, à savoir :

1° La transmission de l'action contre les tiers; 2° l'exception

[1] Chapitre X.

[2] Voir sur la simple saisine, Loysel, liv. V, tit. IV, req. XXII, n° 761, et les commentateurs de la coutume de Paris, sur l'art. XCVIII.

Digitized by Google

spolii, 3° la durée de l'action. — Tous ses résultats sont parfaitement exacts ; seulement, il y manque, ce me semble, pour les compléter, d'ajouter que l'action *spolii* s'étendait aux *meubles*, ainsi que nous l'avons déjà noté [1].

XVI. — MM. de Parieu et Renaud admettent tous deux que la condition de l'annalité de possession exigée pour la recevabilité de nos actions possessoires, dérive, non pas des institutions galliques, et sur ce point, je suis parfaitement d'accord avec les deux honorables auteurs [2], mais de la loi salique, en son célèbre chapitre XLV *de migrantibus*.

Cette tradition est généralement admise, non-seulement en Allemagne [3] mais encore en France [4], et je n'ai pas la prétention de l'ébranler ; toutefois je proposerai quelques-uns de mes scrupules à cet égard. On a dit assurément sur ce point des choses au premier abord fort spécieuses pour expliquer ce système. On a invoqué les maux des tribus franques avant l'invasion relatives à la possession des héritages pendant un an, d'après le fragment si connu de Tacite, *arva per annos mutant* [5]. On a ajouté qu'il était naturel qu'après l'invasion, quand les idées de propriété territoriale s'étaient établies, l'esprit des mêmes tribus restât frappé des avantages de cette possession, qu'ainsi le chap. XLV de la loi salique n'aurait été que la consécration d'une application de ces usages à la jouissance de certains biens communs ; c'est-à-dire de la *villa* franque.

Si la disposition de la loi salique dont il s'agit ne statuait que sur la possession, on entrerait sans hésitation dans ce système ; mais il est convenu, et l'on ne saurait le contester en présence de ces mots du § 3 du texte : *securus sicut et alii vicini maneat*,

[1] *Vide* ci-dessus. — On regrette la même omission dans Faber, sur le § *Recuperandæ possessionis*, aux Institutes et dans d'Hauteserre, sur le même texte.

[2] J'ai déjà eu occasion de m'expliquer sur l'absence d'influence des Institutions galliques ou celtiques sur notre droit moderne, dans un mémoire que j'ai eu l'honneur de communiquer à l'Académie de législation et portant pour titre : *De l'Elément gallique et germanique dans le Code Napoléon*, inséré dans le recueil de cette académie, année 1853, page 1 et suivantes et dans la Revue de législation de M. Wolowski, livraison de janvier 1853.

[3] M. Warkœnig (*dicto loco*) dit que M. de Parieu a prouvé ce point historique *avec bonheur*.

[4] *Vide*, notamment Duplessis et Brodeau, sur les art. 96 et 97, de la coutume de Paris. — M. J. Cauvet l'a exposé récemment dans ses études sur la coutume de Normandie. (Revue de Législation, 1847-1848.)

[5] *Germanica*, § 26.

Digitized by Google

que l'intrus qui a joui pendant un an de la *villa* a prescrit non pas le droit de continuer sa jouissance, mais un droit de copropriété ou de communauté. Cela étant, on se demande d'abord pourquoi ce principe de la prescription annale de la propriété ne s'est pas étendu immédiatement aux possessions autres que la villa, c'est-à-dire aux *propriétés privées*, par exemple aux alleux proprement dits. D'un autre côté, il y a aussi une grande distance à franchir pour arriver de la rotation annuelle à la consolidation définitive, aux appropriations des héritages résultant de la possession annale. Il y a donc là plus d'un motif propre à faire réfléchir sur l'exactitude de cette version. Ne pourrait-on pas tenter d'expliquer l'introduction de cette disposition de la loi salique, par un emprunt fait à une constitution de l'empereur Constantin, admettant en faveur de certaines possessions la prescription d'un an, constitution insérée au Code théodosien [1] connu dans les Gaules avant la première rédaction des lois saliques. Il est généralement reçu qu'au vi^e siècle, la prescription trentenaire et décennale établie dans le chapitre XII de la Constitution de Clotaire Ier, de l'an 560, et dans le chapitre IV de l'édit de Childebert Ier, de 559, n'a été qu'une imitation du droit romain, calquée, pour la prescription trentenaire, sur la constitution de Théodose jeune, faisant naturellement partie du même Code [2], et reproduite dans le Bréviaire d'Alaric, alors en vigueur [3], et la prescription décennale dans un texte des sentences de Paul, inséré dans ce Bréviaire [4]. Sans doute il n'y a pas de rapport entre le cas auquel s'applique la Constitution de Constantin, et le cas prévu par le chapitre XLV de la loi salique, mais du moins l'idée d'une déchéance attachée au non-exercice du droit pendant un an, se produisait aux yeux des barbares, et cela pouvait bien être suffisant. Si au moyen âge nos légistes beaucoup plus avisés que les législateurs des tribus franques, introduisirent tant d'institutions dans nos coutumes par les imitations les plus bizarres et les plus incohérentes du droit romain [5], je pourrais presque

[1] Constit. Ier, titre I du livre X, *de jure fisci*, de l'édition de Gustave Hœnel, page 973.

[2] *Constit. unica*. Titre XIV, livre IV. *Ibid.*, page 403 et suivantes.

[3] Edition Sichard, page 42, de Gustave Hœnel, page 120.

[4] Livre IV, titre II, de Usucap. § *Longi temporis autem*....—Voir les études sur la loi salique, par M. Pardessus, page 546 et suivantes.

[5] Aussi, il n'est pas douteux que la grande extension des effets de la saisine, par possession d'an et jour (livre de la jostise et du plet, édition

Digitized by Google

dire par des travestissements de ce droit, pourquoi la chose n'aurait-elle pas pu se passer ainsi à l'époque de la rédaction de la loi salique ? Au surplus, c'est un aperçu que j'indique ou plutôt une question que je pose, et non un système que je place en face de celui qui est généralement admis. Dans tous les cas, la prescription admise par les lois franques, portant sur le fond du droit, on semble s'accorder à admettre le système de M. de Parieu, qui expose comment par une *capitis diminutio* la possession annale d'abord suffisante pour engendrer la prescription de la propriété, a dégénéré en action possessoire, et par cette transformation est tombée, comme le dit très-bien cet écrivain, grâce aux influences romaines et du moyen âge, de la sphère pétitoire dans la sphère possessoire.

Toutefois, sur ce second point lui-même, je ne suis pas sans éprouver aussi des scrupules : l'explication de cette transformation, tout ingénieuse qu'elle est, n'en offre pas moins d'assez grandes difficultés, car elle contrarie le mouvement général du droit de possession qui est toujours ascensionnel, tandis qu'ici il se produit en sens opposé. En recherchant donc si on ne pourrait pas par un autre côté arriver à trouver dans le droit romain dont je soupçonne l'influence plus directe, une autre version de l'origine de la possession annale appliquée à nos interdits, je me suis demandé pourquoi on ne trouverait pas ces origines dans le texte du § 4 des Institutes de Justinien *de interdictis*, établissant la règle que dans l'interdit UTRUBI il fallait avoir possédé *majore parte anni retrorsùm numerati*. Pour ne pas scinder ainsi l'année de la possession, ou plutôt pour éviter des difficultés d'appréciation, on aura exigé la possession pendant cette année toute entière, condition qui aura été généralisée à tous les interdits.

Avec cette version, on n'a même pas besoin de recourir aux Institutes et d'attendre leur importation dans les Gaules, car le même principe pouvait être connu des Francs depuis la publication du bréviaire d'Alarik par les textes des sentences de Paul[1].

Rapetti, *et les anciens usages inédits d'Anjou*, publiés récemment par M. Marmier, *passim*), a été motivée par l'influence qu'exerçait sur les légistes le grand nombre de prescriptions ou de déchéances du droit, admises par le laps d'un an, dans les Pandectes et dans le Code de Justinien. (Cujas en a donné la longue nomenclature dans le tome Ier de ses œuvres, col. 538 et suiv., cap. XX, DE ANNO.)

[1] Livre V, titre VI, § *Retinendæ possessionis*, de l'édition Sichard, p. 155, et de Gustave Hœnel, page 416.

Digitized by Google

Il est à remarquer que le système qui a prévalu est mixte, ou Germano-Romain, car l'élément germanique apporte la prescription annale de la propriété, que l'élément romain réduit plus tard à *la simple possession*. — Mais puisqu'on a recours au droit romain, pourquoi ne pas admettre qu'il a opéré seul par les combinaisons assez simples dont je viens de parler ?

XVII. — Quoi qu'il en soit de ces observations que je ne propose qu'avec une très-grande réserve, le livre de M. de Parieu, qui expose le système généralement reçu, est destiné, selon moi, à occuper un rang des plus distingués parmi les œuvres de ce genre sur des matières analogues. — Il restera parce qu'il offre tous les caractères d'une œuvre sérieuse, fortement conçue, mûrement et consciencieusement élaborée, caractères qu'on aime à retrouver dans les productions de presque tous les jurisconsultes de l'Auvergne, dont M. de Parieu fait si bien revivre les traditions. — Ils s'étaient déjà dessinés, autant que la nature du livre le permettait, dans la Pratique dorée (Practica aurea) de Pierre Jacobi, dont M. de Parieu nous a donné une biographie intéressante [1], dans J. Masuer, et son annotateur l'avocat Fontanon, qui ont éclairé, eux aussi, la matière des actions possessoires, plus tard dans les Commentaires de Chabrol, sur les coutumes de la même province, dans les travaux de Favard de Langlade sur le droit moderne, et au degré le plus éminent dans les Lois civiles de Domat.

BENECH.

DE L'ACTION POSSESSOIRE

RELATIVEMENT AUX SERVITUDES DISCONTINUES.

Je ne croirais pas nécessaire de répondre aux observations que M. Dorlencourt a présentées dans cette Revue, T. IV, page 188, sur l'article inséré dans le T. III, page 926, si une erreur typographique n'avait substitué dans mon travail à la citation d'un article du Code Napoléon très-important, celle d'une disposition étrangère à la question. Le peu de développement que j'ai donné à mon raisonnement et cette faute d'impression, ont pu rendre difficile à saisir le principal argument par lequel je combats la thèse de M. Dorlencourt. Si M. Dorlencourt m'eût

[1] Revue de Législation et de Jurisprudence, tome XX, 3e série, page 417.

Digitized by Google

compris, il n'aurait pas avancé que ce qui me porte à accorder au propriétaire d'un droit de passage l'action possessoire, c'est uniquement la circonstance que la servitude discontinue se prescrit par le non-usage pendant trente ans.

Dans son premier article (p. 342), M. Dorlencourt dénie l'action possessoire à celui qui jouit d'une servitude discontinue, parce que la possession de ces servitudes ne se démontre pas, qu'elle est condamnée au silence et assimilée à zéro. Pour prouver que cette possession est assimilée à zéro, il rappelle qu'elle ne peut conduire à la prescription.

Je soutiens que cette possession n'est pas un pur néant, et je le prouve en invoquant l'art. 707 (et non 709) du Code Napoléon. Les trente ans de non-usage qui doivent amener l'extinction de la servitude ne commencent à courir, pour les servitudes discontinues, que du jour où l'on a cessé de jouir : donc un acte de jouissance conserve le droit. Cela est vrai pour les servitudes acquises par prescription dans les pays de droit écrit antérieurement au Code Napoléon, comme pour les servitudes acquises avant ou après 1804 et fondées sur un titre. Quant aux premières, qui sont assez nombreuses dans le pays que j'habite, pour justifier l'expression *en général* critiquée par M. Dorlencourt, je n'admets pas l'action possessoire ; car l'enquête devrait prouver le droit lui-même ; en effet, c'est toujours le droit qui est alors mis en question.

Si la servitude repose sur un titre, le pétitoire et le possessoire seront très-distincts. Pourquoi celui qui se plaint dans l'année où un obstacle a été mis à l'exercice de son droit serait-il réduit au rôle de demandeur au pétitoire, comme celui qui est resté de longues années sans jouir de la servitude ? La possession doit être protégée dans ce cas, puisqu'elle a un effet juridique très-utile.

M. Dorlencourt affirme que la preuve de la possession d'une servitude discontinue est impossible. Si le titre constitutif a plus de trente ans de date et que celui qui a droit à la servitude discontinue renonce à l'action pétitoire, comme le veut M. Dorlencourt, il devra prouver des faits de jouissance, *des actes de possession* ayant eu lieu depuis moins de trente ans. Cette preuve aurait souvent pour objet des faits très-anciens et par conséquent douteux, elle se ferait devant des juges éloignés des lieux et entraînerait de longs délais et de grands frais. Dans ces conditions désavantageuses la preuve des faits de possession doit être ad-

Digitized by Google

mise. Pourquoi ne le serait-elle pas, quand il s'agit d'un fait remontant à moins d'un an, qui serait prouvé sur les lieux et presque sans délai ni frais?

Les inconvénients pratiques de la théorie de M. Dorlencourt sont faciles à comprendre; je ne m'en occupe pas cependant; je cherche seulement à démontrer que la jurisprudence de la Cour de cassation est parfaitement fondée en droit.

L. A. Louis GROS,
Docteur en droit, juge de paix du canton de Pont-d'Ain.

BIBLIOGRAPHIE.

CODE DE LA VEUVE, DE LA FEMME DÉLAISSÉE, ETC.,

Par M. A. Venant, avocat, ancien avoué, ancien agréé au Tribunal de commerce de la Seine. 1 vol. in-8° de 568 pages.

On a publié des codes, des manuels, des guides pour toutes les professions et, en général, pour toutes les situations de l'homme dans la famille ou dans la société. La femme veuve, si rarement préparée aux difficultés, aux embarras de toute nature qui résultent pour elle de la perte d'un mari, si peu avertie des devoirs que cette situation lui impose, avait été oubliée. L'ouvrage que nous anonçons a la louable prétention de réparer cette omission.

Le Code de la veuve est divisé en deux parties. La première traite des droits et des obligations de la femme veuve. Ces droits et ces obligations varient suivant le régime sous lequel elle a été mariée. Une exposition courte mais substantielle fait connaître ces divers régimes et les conséquences qui résultent de chacun d'eux pour la femme et pour les enfants. L'auteur lui trace jour par jour sa ligne de conduite et la met à même de contrôler celle des mandataires auxquels elle a remis ses intérêts. C'est un conseiller éclairé et sûr qui la prend par la main et la guide à travers les difficultés de la loi en lui signalant les nombreuses formalités qui précèdent ou accompagnent son exécution. Il lui fait connaître d'abord la situation où la loi l'avait placée du vivant de son mari et il expose ensuite celle que cette même loi lui fait lorsqu'elle devient veuve. Si elle était mariée, par exemple, sous le régime de la communauté des biens, il lui indique comment cette communauté se dissout et les obligations immédiates qui

Digitized by Google

lui incombent. Ces obligations varient suivant le parti adopté par la veuve au moment de la dissolution de la communauté. Mais elle n'a pas seulement à se préoccuper des intérêts de sa fortune et de celle de ses enfants au point de vue des conventions matrimoniales. Si son mari jouissait d'une pension de l'Etat comme ancien fonctionnaire de l'ordre civil ou de l'ordre militaire, s'il avait de son vivant publié des ouvrages artistiques, scientifiques ou littéraires dont les lois garantissent la propriété aux héritiers pendant un certain nombre d'années, la veuve a encore besoin d'être éclairée sur ses droits et sur la nature des actions qu'elle peut exercer. M. Venant est encore pour elle un guide excellent dans l'exposé méthodique qu'il a fait des lois sur les pensions, sans oublier la dernière du 9 juin 1853 sur les pensions civiles. La première partie de l'ouvrage traite enfin (et c'est par là que l'auteur termine l'exposition des droits et obligations de la femme veuve) des successions auxquelles la veuve ou ses enfants peuvent être appelés ; des libéralités que la veuve peut faire ou dont elle peut être l'objet, des droits de faire la distribution et le partage de ses biens entre ses enfants et ses descendants, de l'adoption et de la tutelle officieuse et de l'assistance judiciaire.

La seconde partie, qui termine l'ouvrage, contient un exposé des droits et des obligations de la femme délaissée, de la femme de l'absent, de la femme de l'aliéné, de l'interdit, du prodigue, du failli, du condamné, de la femme qui est dans la nécessité de recourir à la séparation de corps ou à la séparation de biens, et de la femme marchande.

Deux tables des matières, l'une méthodique et l'autre analytique, dressées avec soin, complètent cet ouvrage, d'une utilité pratique incontestable.

Dans l'avant-propos placé en tête de son livre, M. Venant s'exprime ainsi : « Éclairer la femme sur ses droits, trop fré-« quemment compromis ; lui indiquer ses devoirs ; la prémunir « dans un intérêt personnel et dans celui de ses enfants, contre « les conséquences d'une fausse direction ou de sa propre « erreur : tel est le but que nous nous sommes proposé. » Nous ajouterons que l'auteur a complétement réussi et que son livre restera comme un manuel très-utile à consulter, pour la direction des intérêts précieux auxquels il s'adresse. ATH. M.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts contenus dans les recueils de juillet 1853.

Par M. Mimerel, docteur en droit, avocat à la Cour de Cassation.

SOMMAIRE.

1. *Communauté. Reprise. Rente viagère.* — La communauté ne doit pas de récompense à l'époux dont le propre a été aliéné moyennant une rente viagère. — Renvoi.
2. Mais l'époux survivant doit une récompense à la communauté, lorsqu'elle a fourni le prix de la constitution d'une vente viagère au profit des deux époux avec clause de réversibilité sur la tête du survivant.
3. Et la récompense doit être de la valeur estimative de la rente au jour de la dissolution de la communauté.
4. *Communauté. Reprises.* — Les époux exercent entre eux leurs reprises dans le partage de la communauté à titre de propriété, et leur droit prend le caractère mobilier ou immobilier suivant la nature des objets qu'ils prélèvent. — Renvoi.
5. Mais vis-à-vis des créanciers de la communauté, la femme, soit qu'elle y renonce, soit qu'elle l'accepte, ne peut poursuivre le paiement de ses reprises qu'à titre de créance et en concourant avec eux.
6. *Communauté. Régime dotal.* — Les époux, en se mariant sous le régime de la communauté légale, peuvent soumettre certains biens de la femme au régime dotal ; et la dotalité de ces biens résulte d'une clause du contrat portant prohibition de les hypothéquer et de les aliéner.
7. *Droit d'habitation. Saisie.* — Le droit d'habitation, étant de sa nature essentiellement personnel, ne peut être saisi et exproprié même par le propriétaire de la maison grevée pour le remboursement de la dette de l'usager.

1.—(Besançon, 18 février 1853.—*Dev.*, 53, 2, 457.)— Les recueils de juillet, que nous avons à examiner aujourd'hui, renferment un certain nombre de décisions d'un véritable intérêt relativement à la communauté conjugale; c'est à ces décisions surtout que nous nous proposons de nous attacher.

La première qui se présente à nous, est un arrêt de la Cour de Besançon, qui a résolu, par la négative, la question de savoir s'il est dû par la communauté une récompense à l'époux dont le propre a été aliéné moyennant une rente viagère qu'il a acceptée en remploi. Nous avions déjà rencontré cet arrêt, il y a quelques mois, dans le *Journal du Palais*, et nous l'avons signalé à l'attention des lecteurs de la *Revue* dans notre précédent article d'examen doctrinal (V. *Rev.*, t. III, p. 851).

Digitized by Google

Fort de l'autorité de MM. Pont et Marcadé, nous en avons alors pleinement approuvé la solution, bien qu'elle soit en opposition avec la théorie unanimement professée avant le Code et adoptée ensuite par la plupart de ses commentateurs. Depuis, notre savant et honorable collaborateur, M. Pont, est revenu sur cette même question, en critiquant un arrêt de la Cour d'Angers de quelques mois plus récent, et qui est demeuré fidèle à la tradition des anciens jurisconsultes (V. *Rev.*, t. IV, p. 9).

Il s'est livré, à l'occasion de cet arrêt, à une discussion si complète, il a si clairement fait ressortir l'erreur de la doctrine qui y est suivie, en démontrant l'impossibilité de la mettre en action d'une manière satisfaisante pour la logique et l'équité, que, malgré l'importance de ce point de droit, il ne reste plus de place, nous le croyons, à de nouvelles observations de notre part. Plus fermement que jamais, après le remarquable travail de M. Pont, nous pensons que c'est à bon droit que nous avons défendu la solution consacrée par la Cour de Besançon, comme plus conforme aux principes du droit et de la justice. Nous n'avons donc qu'à renvoyer les lecteurs de la *Revue* aux premières pages de ce volume. Si, après les avoir relues, quelque scrupule subsistait encore dans leur esprit à raison de cette circonstance que, dans l'espèce, la communauté a été dissoute par le prédécès de celui des conjoints qui avait aliéné son propre moyennant une rente viagère constituée sur sa tête, et que, par suite, la rente s'étant éteinte en même temps que la communauté a cessé, celle-ci a seule profité de l'opération faite par cet époux en diminution de son capital, nous les prions de reporter leur pensée sur l'hypothèse inverse. Qu'ils supposent, au contraire, que cet époux ait survécu : il eût alors effectivement recueilli le bénéfice de la rente viagère. A quel titre serait-il encore venu réclamer une indemnité de la communauté ? Qu'ils supposent que sa vie se prolonge un grand nombre d'années : alors l'opération qui a augmenté son aisance d'une manière considérable, lui aura offert un incontestable avantage. Certes, dans ce cas, ses héritiers seraient mal venus à se plaindre de la transformation que, suivant son droit et son intérêt, il a fait subir à son patrimoine ? Pouvaient-ils donc avoir plus de droit, parce que le contrat, par l'effet de la chance aléatoire qui y était essentiellement inhérente, n'a pas tourné, comme il l'aurait pu, au profit de leur auteur, et que ses avantages n'ont pas dépassé la durée de la communauté ? A

Digitized by Google

notre sens, cette question se résout d'elle-même, et nous n'imaginons pas comment on arriverait à établir que les héritiers de l'aliénateur, sans droit dans l'hypothèse que nous avons posée, auraient été fondés à poursuivre le paiement d'une indemnité contre la communauté dans l'espèce tranchée si juridiquement par la Cour de Besançon.

2.—(Paris, 11 juin 1853.—*Dev.*, 53, 2, 456).—M. Devilleneuve rapproche de cet arrêt un autre arrêt de la Cour de Paris, qui a également résolu, et de la manière la plus exacte, une question de récompense en cas de constitution de rente viagère pendant la communauté. Cette fois, le prix de la rente avait consisté en effets de la communauté, et la rente avait été assise sur la tête des deux époux, de façon à se reverser tout entière sur celle du survivant et à subsister à son profit après la dissolution de la communauté. La Cour de Paris a jugé que dans cette espèce une récompense était due à la communauté, et qu'elle était due de la valeur estimative de la rente au jour où l'association conjugale avait cessé.

Cette décision, au premier coup d'œil, paraîtra peut-être se mal accorder avec celle de la Cour de Besançon que nous venons de défendre. Comment, dira-t-on, concéder une récompense à la communauté qui a payé le prix de la rente viagère, après en avoir refusé une à l'époux qui a fourni ce prix sur ses propres? Ne s'agit-il pas dans les deux hypothèses du même fait, du même contrat? La position n'est-elle pas identique, et s'il est dû quelque chose à la communauté, n'est-il pas dû même chose à l'époux? Dès lors, il y aurait lieu à récompense dans les deux cas, ou bien il ne devrait y en avoir ni dans l'un ni dans l'autre.

La contradiction pourtant n'est qu'apparente. Les positions ne sont rien moins qu'identiques et l'examen fait bientôt évanouir toute confusion.

Nous avons établi, dans notre précédent article, que la communauté devait une récompense aux époux toutes les fois qu'elle leur empruntait un capital, mais qu'elle n'en devait aucune pour les perceptions de fruits, puisqu'elle est usufruitière de tout ce qui compose leurs patrimoines propres et que la perception des fruits, quelque considérables qu'ils soient, ne constitue jamais que le simple exercice de son droit. Dès lors, il est bien évident que les arrérages d'une rente viagère, qui ne sont que des fruits civils, appartiennent de droit à la communauté, et qu'ils lui ap-

Digitized by Google

partiennent sans indemnité, encore que le prix de la rente ait été puisé dans le patrimoine propre de l'un des conjoints. Le droit de celui-ci se limite à la propriété de la rente, propriété qui ne lui sera personnellement profitable que si elle survit à la communauté.

Mais lorsque, à l'inverse, l'époux survivant se trouve acquérir, en vertu du titre de constitution, une rente viagère qui a été payée des deniers de la communauté et qui lui devient propre à sa dissolution, il est bien manifeste aussi qu'il tire un bénéfice d'une opération dont la communauté a supporté le poids. Ce bénéfice, apparemment, ne lui était pas nécessairement dû à raison de sa qualité d'époux commun, comme les arrérages étaient dus à la communauté à raison de sa qualité d'usufruitière. C'est donc un véritable profit, un accroissement de son patrimoine propre qui lui échoit, et comme cet enrichissement a été produit pour lui au moyen d'une impense de deniers de la communauté, il doit, sans contredit, indemniser celle-ci par application du principe sanctionné par l'art. 1437 du Code.

On le voit donc, cette dernière solution, comme la première, n'est que la conséquence directe et rigoureuse des règles fondamentales de la matière. La communauté est usufruitière, et comme telle, elle a tous les droits et ne doit subir que les charges que la loi attache à l'usufruit. Dans le premier cas, elle a droit à la perception des fruits de la rente et ne doit à l'époux nu propriétaire que la restitution de la rente même, si elle survit. Dans le second, elle n'a pas à solder le prix de constitution de la rente, parce que ce n'est point là une charge de l'usufruit et que le paiement de ce prix en capital doit être effectué par le nu propriétaire.

Les deux décisions de la Cour de Besançon et de celle de Paris n'impliquent donc nullement contradiction entre elles, et toutes deux nous semblent également irréprochables.

Cette dernière, cependant, a contre elle l'autorité d'un éminent jurisconsulte, M. le premier président Troplong. Dans son traité du *Contrat de mariage*, il refuse dans ce cas récompense à la communauté par le motif que l'opération qui a eu lieu, est un pacte aléatoire qui ne rompt point l'égalité entre les époux et qui est autorisé par les règles de la société.

Nous ne comprenons pas bien nettement, nous l'avouons, en quoi ces considérations pourraient faire fléchir les principes que nous avons rappelés, et dont la décision de la Cour de Paris n'est que la conséquence immédiate. Le savant magistrat n'a en-

Digitized by Google

visagé que deux des trois intérêts qui se combinent dans l'association conjugale. Il n'a arrêté ses regards que sur les deux conjoints et a oublié la communauté, dont la loi pourtant distingue sans cesse le patrimoine avec tant de soin. Sans doute, le pacte aléatoire intervenu entre les deux époux ne blesse en rien les principes de la société et ne rompt pas l'égalité entre eux. Mais qu'importe à la communauté que l'égalité soit maintenue entre les époux, si elle ne l'est point en même temps à son égard? Qu'importe à la communauté le caractère aléatoire du pacte intervenu, puisque l'incertitude n'existe que par rapport aux deux conjoints, et non par rapport à elle-même? Sans doute, chacun d'eux a la chance de recueillir le bénéfice de la rente viagère, et ni l'un ni l'autre conséquemment ne sera recevable à se plaindre de l'avantage qui restera, en définitive, au survivant d'eux; mais la communauté n'entre point en participation de cette chance de gain, et ce qui n'est que trop certain pour elle, ce qui est en dehors de toute chance, c'est qu'elle a soldé de ses deniers le prix de cet avantage qui doit échoir à l'un des époux. Il est donc de toute justice qu'une récompense lui soit allouée et qu'il n'y ait d'incertitude que sur la personne à la charge de laquelle cette récompense devra tomber à l'époque de sa dissolution.

A l'autorité si considérable de M. le premier président Troplong, la cour de Paris peut d'ailleurs opposer celle non moins considérable de la Cour de Cassation, qui avait déjà consacré la même doctrine dans un arrêt du 29 avril 1851.

3. — La seconde décision de l'arrêt, celle par laquelle la Cour de Paris a fixé le montant de la récompense à la valeur estimative de la rente viagère d'après l'âge du survivant des époux au jour de la dissolution de la communauté, nous semble également conforme aux principes de la matière. Non point, il est vrai, que nous admettions, avec de graves auteurs, que les époux ne doivent jamais récompense que du profit qu'ils ont tiré de l'opération faite par la communauté. Ce système, qui n'est fondé que sur le vice de la rédaction de l'article 1437 (dont les termes, du reste, peuvent également s'interpréter dans un sens plus large et tournent alors contre lui), nous paraît repoussé et par les principes qui ont présidé à l'organisation de la communauté conjugale, et par le texte formel de l'article 1408. Nous pensons, au contraire, qu'en règle générale, la communauté, dont le patrimoine est distinct de celui des conjoints, doit être considérée comme un

Digitized by Google

prêteur, et qu'elle n'a point à souffrir, si l'opération pour laquelle elle a fourni des deniers, trompe l'espoir de l'époux qui l'a faite sur ses propres; pas plus qu'elle ne doit gagner, si le succès passe son attente et que le bénéfice soit plus considérable que la dépense nécessaire pour le procurer. Non, dans l'un et l'autre cas, ce qui lui est dû, c'est le remboursement de la somme qu'elle a avancée, jamais plus, mais aussi jamais moins.

D'après cette règle, on devrait donc décider que l'époux survivant qui recueille seul la rente viagère, doit l'intégralité du prix de constitution, si cette règle ne comportait, comme toute autre, une exception qui découle des principes les plus élémentaires de la société. C'est que la communauté doit entrer en participation des frais de l'opération, lorsqu'elle a fait sa propre affaire en même temps que l'affaire de l'un des époux; et alors le remboursement auquel elle a droit, se limite au bénéfice obtenu par cet époux. Or, dans l'espèce, il est bien évident que la constitution d'une rente viagère, sur la tête des deux conjoints, réversible sur celle du survivant d'eux, a été l'affaire de la communauté non moins que celle de l'époux survivant; car tant que la communauté a duré, elle a seule profité du droit acquis de ses deniers; la rente viagère, n'ayant pas été créée à titre de remploi d'un propre, a formé une valeur de la communauté. C'est donc ici l'exception à la règle générale, ou, pour mieux parler, le second des deux principes destinés à régir, par leur combinaison, la liquidation des récompenses dues à la communauté, qui devait trouver son application; et c'est à juste raison que la Cour de Paris a pris pour base de la dette de l'époux survivant, non le prix intégral de constitution de la rente viagère, mais la valeur qu'elle avait encore au moment où, par la dissolution de la communauté, elle est venue se fixer sur sa tête.

4. — (Cassation, 23 février 1853. Caen 31 décembre 1852. Paris, 31 mars 1853. — *J. P.*, 53, 2, 14 et 15). — Ces trois arrêts confirment une jurisprudence qui s'est fondée depuis quelques années et qui repose aujourd'hui sur un trop grand nombre de monuments pour que nous ne la regardions pas comme définitivement assise. Ils jugent que les reprises des époux s'exercent, dans le partage qui s'opère entre eux de la communauté, à titre de propriété, et non à titre de créance, et que, conséquemment, leur droit prend le caractère mobilier ou immobilier selon la nature des biens auxquels il s'applique.

Digitized by Google

Cette question a été déjà traitée dans la *Revue* et nous n'avons pas à y revenir aujourd'hui (V. *Revue*, t. II, p. 577, t. III, p. 967). Nous nous bornons à cette seule remarque, que la Cour suprême, qui jusqu'à présent n'avait eu à rendre sur cette matière que des arrêts de rejet, a donné cette fois une consécration encore plus énergique à sa jurisprudence, en prononçant la cassation d'un arrêt de la Cour de Paris qui s'en était écarté [1].

Cette jurisprudence n'est que la conséquence directe et nécessaire du droit de copropriété des conjoints sur les effets de la communauté. Car dès lors que l'on admet que leur action en reprise crée à leur profit un droit plus fort de copropriété, il faut bien reconnaître que le prélèvement par lequel ils sont remplis, est un acte du partage; que leur droit porte directement sur les objets qui composent la communauté, et que, par suite, il revêt le caractère légal de ces objets. Pour nous, nous avons peine à concevoir qu'on puisse repousser cette doctrine, lorsqu'on proclame la copropriété des époux sur les biens de la communauté.

Or, ce principe est aujourd'hui accepté d'une manière à peu près unanime, et poussé même par la jurisprudence et par plusieurs auteurs à l'exagération, puisqu'on a été jusqu'à le faire prévaloir, non-seulement dans les relations des époux entre eux, mais aussi dans celles des époux avec les tiers, et qu'on lui a attribué la puissance d'assurer à la femme, en certain cas, sur le patrimoine de la communauté, la situation et les droits d'un propriétaire qui serait affranchi des obligations dont ce patrimoine se trouve grevé. Nous voulons parler du système qui permet à la femme de prélever ses reprises sur les choses communes avant que les créanciers de la communauté soient payés. Ce système a été consacré par la Cour suprême dans son arrêt du 16 février 1853 (V. Dev., 53, 1, 145). Mais plusieurs Cours refusent de s'y rallier, et nous estimons, pour notre part, que leur résistance est fondée sur la saine application des principes de la communauté conjugale, sans que nous ayons à abandonner pour cela la théorie des arrêts que nous rappelons ici, sur la nature du droit de reprises des époux entre eux, ni à redouter le reproche d'in-

[1] Nous pouvons ajouter aujourd'hui qu'un nouvel arrêt de cassation vient d'être prononcé, le 30 mai dernier, sur le pourvoi des héritiers de Blaye contre l'arrêt de la Cour de Nancy du 16 février 1852, qui avait été l'objet des critiques de notre honorable prédécesseur, M. Marcadé, dans le premier des articles précités.

Digitized by Google

conséquence qu'on a essayé de formuler contre ceux qui ont à la fois enseigné cette théorie et critiqué la nouvelle jurisprudence de la Cour de Cassation relative au droit privilégié de la femme vis-à-vis des créanciers de la communauté.

Les lecteurs de la *Revue* nous pardonneront de revenir sur cette question, même après les remarquables discussions de notre collaborateur, M. Pont (V. *Rev.* t. III, p. 436 et 649), à l'occasion d'un excellent arrêt de la Cour de Caen, recueilli par le *Journal du Palais*. Elle est d'une trop haute importance pour que les divers monuments qui se produisent dans un sens ou dans l'autre, ne soient pas signalés dans cette Revue.

5. — (Caen, 25 juillet 1853. — *J. P.*, 53, 2, 18.) — Cet arrêt a repoussé la demande d'une femme qui, après avoir renoncé à la communauté, élevait la prétention de se faire payer de ses reprises sur le mobilier de la communauté par préférence aux créanciers. La déduction de ses motifs nous semble difficilement critiquable, et chacune des propositions qu'il renferme, en parfaite conformité avec les dispositions de notre législation civile. Il se fonde principalement sur l'article 1492 qui refuse à la femme, après sa renonciation, tout droit sur les biens de la communauté, même sur le mobilier qui y est tombé de son chef, en ne lui accordant restrictivement que la faculté de retirer les linges et hardes à son usage. Il confirme ensuite ce motif capital en invoquant et la nature du droit d'usufruit sur les choses fongibles et l'impossibilité d'affecter les meubles à une hypothèque. Il s'appuie sur le silence gardé par la loi relativement au privilége revendiqué par la femme et sur le soin avec lequel le législateur a distingué et organisé séparément les effets de l'acceptation et ceux de la renonciation de la communauté. Il limite enfin dans sa véritable mesure les avantages qui doivent découler pour elle de sa position toute particulière dans l'association conjugale et de son droit spécial de copropriété. Nous regrettons que la longueur de cet arrêt ne nous permette pas de le citer dans son texte à cause de la netteté et de la vigueur de sa discussion.

La solution suivie par la Cour de Caen, et qui est aussi celle de la Cour de Rennes dans un arrêt du 17 juin 1853 non moins remarquable par la solidité de ses motifs, est de tous points contraire à la doctrine de l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 février de cette même année, puisque cet arrêt proclame que la femme doit prélever ses reprises sur les biens de la communauté, soit

Digitized by Google

qu'elle renonce, soit qu'elle accepte, à titre de copropriétaire et par préférence aux créanciers. Pour le décider ainsi, la Cour suprême cite les dispositions des articles 1470, 1471 et 1483; mais elle n'a pas remarqué, comme le répond très-victorieusement la Cour de Caen, que ces dispositions sont placées au chapitre de l'acceptation de la communauté, que les suites de la renonciation sont réglées d'une manière toute différente dans une section spéciale, et qu'ainsi il n'est pas permis de dire que ce soient là des principes généraux applicables également à l'acceptation et à la renonciation.

Donc, à supposer même que les articles qui servent de fondement à l'arrêt du 15 février 1853, dussent assurer à la femme, lorsqu'elle accepte la communauté, un privilége à l'encontre des créanciers sur les effets qui la composent, encore que ce privilége ne soit expressément établi par aucun texte de notre législation civile, il nous semblerait impossible de le lui accorder également après qu'elle a renoncé, puisque, d'une part, ces articles n'ont trait qu'au seul cas d'acceptation, et que, d'autre part, un texte formel lui dénie, après sa renonciation, toute espèce de droit sur les biens de la communauté. D'ailleurs, le principe de la copropriété de la femme sur les effets de la communauté, principe très-exact et très-certain lorsqu'elle a consolidé, par son acceptation, sa position et ses droits d'associée, et duquel on prétend faire sortir son privilége, ne saurait plus être invoqué dans le cas où, usant de la faveur que la loi lui réserve, elle a répudié le titre d'associée et s'est rendue complétement étrangère aux biens comme aux obligations de la communauté.

Mais dans le cas même d'acceptation, ce n'est, à nos yeux du moins, que par une déduction exagérée et erronée tout à la fois du principe de la copropriété de la femme qu'on est arrivé à lui constituer un privilége que le Code n'avait ni prévu ni consacré, et dès lors nous croyons être dans le vrai en repoussant absolument la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême pour lui préférer celle de l'arrêt que nous examinons ici. C'est dans les règles les plus élémentaires de la matière que nous chercherons la justification de notre critique.

La communauté est une sorte de société régie par des clauses toute particulières et d'exception. Les époux en s'associant ne confondent pas l'universalité de leurs biens; à côté du fonds social, qui est composé des mises déterminées par la loi ou le con-

Digitized by Google

trat, ils conservent un patrimoine propre qui lui demeure complétement étranger. Trois intérêts distincts se trouvent donc en relation. Chacun des conjoints peut faire emprunt à la communauté, ou la communauté aux conjoints, à la charge pour l'emprunteur de rembourser ce qu'il a reçu ; de là, les récompenses réciproquement dues ; de là, les reprises, objet de la difficulté que nous étudions.

Indépendamment de la pleine et entière propriété du fonds social créé par les mises des conjoints à l'origine de leur association et augmenté pendant le mariage de tous les effets auxquels la loi ou la convention attribue cette destination, la communauté a l'usufruit de tous les biens propres des époux. Ses droits et ses obligations à cet égard sont déterminés par les règles ordinaires du droit civil ; d'où il suit que la communauté absorbe dans son patrimoine toutes les choses fongibles qu'elle trouve dans celui des conjoints, à la seule charge d'en restituer l'estimation ; car sur de pareilles choses l'usufruit ne peut s'exercer sans la complète disposition (V. l'article 587). Lors donc que l'un des époux aliène un propre immobilier, la communauté touche le prix, et elle en devient, jusqu'au remploi, propriétaire; l'époux qui n'opère pas le remploi, échange son droit de propriété sur le bien vendu contre un simple droit de reprise sur la communauté.

Un troisième principe qu'il faut rappeler ici, c'est que le mari est constitué par la loi ou le contrat administrateur, avec les plus larges pouvoirs, du patrimoine de la communauté. Il tient à cet effet un mandat de sa femme ; de telle sorte qu'il parle pour elle et qu'il l'engage jusqu'à concurrence des choses communes, lorsqu'il agit sans fraude dans les limites de ses pouvoirs. La femme est donc tenue pour sa part des obligations ainsi contractées par lui comme chef de la communauté ; mais elle n'est tenue qu'à titre de femme commune; c'est-à-dire que sa dette se restreint aux choses qu'elle prend dans la communauté (art. 1483), parce que son mari n'avait pas le pouvoir de l'engager sur d'autres biens que ceux qu'elle en retirerait et d'étendre sur son patrimoine propre le gage des créanciers avec lesquels il contractait.

Tant que dure la communauté, les conjoints sont copriétaires des choses dont est formé son patrimoine : car il est de l'essence de la société que les associés aient la propriété indivise du fonds social. Mais lorsqu'elle se dissout, la femme tient de la loi, en

Digitized by Google

compensation des pouvoirs à peu près absolus d'administration et de disposition conférés au mari à son exclusion, le droit de se dépouiller de sa qualité d'associée et de répudier et les obligations et les avantages qui seraient attachés à ce titre. Elle se rend alors complétement étrangère aux résultats, quels qu'ils soient, de l'association, et c'est ce droit exorbitant qui distingue de toutes autres la société conjugale et qui place la femme dans une position tout exceptionnelle d'associée.

Lorsqu'elle use de ce privilége, elle abdique son droit de copropriété; cette abdication a un effet rétroactif, de telle façon que, par la puissance de la fiction légale, elle est censée n'avoir jamais été copropriétaire avec son mari. Le patrimoine de la communauté se confond complétement avec celui du mari qui demeure seul propriétaire de tout ce qu'elle comprenait, même du mobilier qui y était tombé du chef de la femme, ou, pour parler plus exactement, la communauté n'a jamais existé; toutes les opérations qui auraient dû être à son compte, ont été faites au compte du mari; les bénéfices et les charges ne regardent que lui seul. C'est cet état que consacre l'article 1492 qui ne reconnaît à la femme renonçante de droit de propriété à exercer que sur ses linges et hardes.

Elle perd donc alors son apport social. Quant aux valeurs qui sont entrées de son chef dans la communauté à charge de reprise, comme le prix de ses propres aliénés sans remploi, et à plus forte raison les indemnités qu'elle a à réclamer, quel sera son droit aux termes de l'article 1493?

On veut qu'elle en soit couverte par un prélèvement qu'elle ferait, à titre de propriétaire, sur le mobilier qui était commun, absolument comme elle reprend ses immeubles qui n'ont jamais fait partie de la communauté et lui sont toujours restés propres. Mais comment concilier un pareil système avec cette idée fondamentale, qu'elle s'est dépouillée de tout droit de copropriété sur les effets de la communauté, et qu'en rejetant sur son mari le fardeau du passif entier, elle lui a abandonné la propriété de tout l'actif? Après son acceptation et l'épuisement des valeurs de la communauté, tout le monde convient qu'elle ne peut exercer qu'à titre de simple créancière le recours subsidiaire que l'article 1471 lui réserve sur le patrimoine propre du mari, et qu'alors l'idée d'un prélèvement à titre de propriétaire ne peut plus trouver place; et elle conserverait un droit de prélèvement à titre de pro-

Digitized by Google

priétaire, après que sa renonciation a amené la confusion du patrimoine de la communnauté dans celui du mari! Non, ces deux idées impliquent contradiction. La femme ne peut jamais atteindre que comme créancière les biens propres de son mari; lors donc qu'elle a renoncé et que, par l'effet de sa renonciation, le mari est devenu seul et unique propriétaire de tous les biens qui auraient dû former la communauté, elle ne peut plus se payer de ses reprises sur ces biens qu'à titre de créancière. Dans ses rapports avec son mari seul, elle ne pourrait alors se remplir en prenant ses biens en nature et par voie d'appropriation. Evidemment, elle ne saurait avoir plus de droit vis-à-vis des tiers, créanciers de son mari, que vis-à-vis de son mari lui-même. Comme un héritier qui renonce à la succession à laquelle il était appelé, elle perd, à l'égard de tous, tout droit de propriété, et ne peut plus faire valoir de droits sur les biens de la communauté qu'en qualité de créancière.

Et puisque la loi n'a point créé un privilége sur les meubles à la femme pour la garantie de ses créances, qu'elle n'a d'autre cause de préférence à faire valoir que son hypothèque légale, que ce n'est que de son droit de propriété qu'on prétend faire sortir pour elle le droit de primer les créanciers, il nous semble impossible de ne pas conclure que les principes consacrés par le Code en matière de renonciation de communauté ont été méconnus par la Cour de cassation et rétablis par la Cour de Caen.

Voyons maintenant si la doctrine de l'arrêt du 15 février 1853 se soutient mieux, lorsque la femme n'a pas eu recours au privilége de renoncer et qu'elle a accepté la communauté.

Alors, du moins, il est incontestable qu'elle est copropriétaire des effets de la communauté, et que c'est à ce titre qu'elle se remplira de ses reprises en valeur de la communauté lors du partage. Ses reprises, en effet, lui constituent un droit de copropriété plus fort ; elle doit prendre une part supérieure à la moitié, et comme elle la prend sur des choses dont elle a la propriété, il est très-certain qu'elle les prélève et ne les reçoit pas en paiement. Ainsi, lorsqu'il s'agit du partage de l'émolument, et au regard du mari, la théorie du prélèvement ne saurait être douteuse (Art. 1470, 1471).

Mais, au regard des créanciers, peut-elle donc avoir les mêmes droits? Est-ce que sa qualité de copropriétaire peut lui conférer de même la faculté d'exercer un prélèvement avant qu'ils

Digitized by Google

soient payés. Les effets de la communauté sont leur gage ; le mari, en contractant pour la communauté dans la limite de ses pouvoirs, a affecté ces biens à leur créance ; il l'a fait, non-seulement pour son compte et en son nom, mais aussi pour le compte et au nom de sa femme dont il était le mandataire et qu'il a représentée au contrat ; de telle sorte qu'elle y a paru par son intermédiaire, qu'elle y a parlé par sa bouche, qu'elle s'est enfin obligée avec lui à concurence de sa moitié et de la valeur de sa part dans les effets de la communauté. Elle est donc elle-même leur débitrice et elle leur a engagé les biens sur lesquels porte son droit de propriété.

En venant donc, lors de la dissolution de l'association conjugale, revendiquer sa part deces biens, comment pourrait-elle se soustraire aux obligations dont elle les a grevés elle-même? Elle ne saurait, sans une révoltante iniquité, sans la méconnaissance la plus complète des notions les plus élémentaires et les plus absolues du droit, scinder sa situation légale et s'arroger les bénéfices de sa qualité de propriétaire en se débarrassant des charges qui leur sont corrélatives. Il faut ou qu'elle renonce à faire valoir son droit de propriété, ou qu'elle accepte la nécessité juridique de faire honneur aux obligations qu'elle a assises, par l'organe de son mandataire, sur les effets de la communauté, objets de son droit de propriété.

Son titre de propriétaire est donc impuissant à justifier à son profit le privilége qu'on réclame pour elle. Loin de là, il devrait bien plutôt nous conduire à cette conclusion rigoureuse, mais tout à fait logique, qu'au lieu de primer les créanciers de la communauté sur les valeurs qui la composent, la femme n'aurait rien à prétendre sur ces valeurs tant que tous ces créanciers ne seraient pas complétement payés. Car il n'y a de biens qu'après déduction des dettes, et le propriétaire, dans une liquidation, ne peut s'attribuer que ce qui reste lorsque les créanciers ont épuisé leurs droits. Que dirait-on d'un héritier, par exemple, qui se serait saisi, par une acceptation pure et simple, de la propriété des biens héréditaires, et qui élèverait ensuite la prétention de soustraire à l'action des créanciers telle portion de ces biens, ou de se payer par privilége, et avant tous autres, de ses créances personnelles dont ils formaient le gage. Les créanciers lui répondraient que, par cela même qu'il en est devenu propriétaire, il a assumé sur lui le fardeau des dettes qui les grèvent, et que c'est son titre même qui

Digitized by Google

le lie étroitement à l'exécution des obligations auxquelles ils sont affectés.

Heureusement pour la femme, la loi l'a traitée plus favorablement qu'un propriétaire ordinaire, et de même qu'elle lui a permis, en raison des pouvoirs exorbitants du mari, de se dépouiller entièrement de sa qualité de propriétaire, de même elle lui a réservé, par une faveur peut-être plus grande encore, la faculté d'échapper aux conséquences onéreuses du titre de propriétaire tout en conservant ce titre. Il lui suffit, pour jouir de ce privilége, de faire en temps utile un bon et fidèle inventaire. Elle se trouve alors placée dans une situation tout à fait analogue à celle d'un héritier sous bénéfice d'inventaire. Comme lui, elle n'est tenue du paiement des dettes qui pèsent sur la communauté, que jusqu'à concurrence de son émolument, et elle garde la faculté de faire valoir sur les biens communs ses droits personnels de créances. C'est-à-dire qu'elle cumule alors le bénéfice de deux qualités d'ordinaire inconciliables, celles de propriétaire et de créancière, relativement aux mêmes objets. Elle se trouve, par la seule puissance de cette fiction légale, copropriétaire vis-à-vis du mari, et créancière au regard des créanciers, et elle a l'avantage de concourir avec eux pour le paiement de ses reprises à titre de créances, tout comme si elle avait renoncé, avantage dont le seul titre de propriétaire serait absolument exclusif.

Telle est la situation légale de la femme ; telle est celle du moins que l'analyse des principes de la matière nous semble invinciblement établir. Elle peut être à la fois, et sur les mêmes biens, comme l'héritier bénéficiaire, propriétaire et créancière ; elle peut conséquemment s'armer tour à tour, selon son intérêt, et de cette dernière qualité contre les créanciers de la communauté, pour concourir avec eux et pour obtenir ainsi le paiement de ses reprises, et de la première vis-à-vis du mari dans le partage. Rien de plus simple, on le voit, et de plus logique que cette double théorie, et nous nous demandons en vérité comment on a pu sérieusement diriger contre elle le reproche de contradiction.

Et maintenant que nous croyons avoir démontré notre thèse par des raisons de droit, qu'on nous permette de consacrer encore quelques instants à cette discussion, pour examiner la valeur des arguments sur lesquels on fonde le système du privilége de la femme.

Digitized by Google

On parle de dépôt. Le prix d'un propre de la femme aliéné sans remploi ne serait versé dans les caisses de la communauté qu'à titre de dépôt. Mais, répond la Cour de Rennes dans son arrêt du 17 juin 1853, il n'y a point là de dépôt, puisqu'il n'y a point obligation de garder pour restituer. En effet, le dépôt exclut l'idée d'une transmission de propriété même des choses fongibles, qui doivent aussi être restituées identiquement comme elles ont été reçues. De plus, il serait incompatible avec le droit d'usufruit de la communauté, puisque le dépositaire, privé de la faculté de se servir de la chose, est obligé de restituer les fruits qu'elle produit (V. art. 1930, 1932, 1936).

Dira-t-on, en insistant, que le prix du propre aliéné lui est subrogé et qu'il conserve la qualité de propre? Mais c'est là encore une proposition tout à fait inacceptable en présence du droit de la communauté comme usufruitière. L'usufruit des choses fongibles, en effet, emporte translation de la propriété (V. art. 587 et 1532). Ce prix ne peut donc pas rester, même fictivement, dans le patrimoine de l'époux ; il tombe bien véritablement dans celui et sous l'appropriation de la communauté. Et qu'on ne cherche pas à se rattacher à l'existence d'un dépôt irrégulier, puisque cette sorte de dépôt, à supposer qu'on puisse le distinguer du prêt, emporterait, comme ce contrat, transmission de la propriété au profit du dépositaire.

C'est donc en vain, de quelque côté qu'on se tourne, qu'on essaierait de contester le droit de propriété que la mobilisation des propres des conjoints crée à la communauté. Les principes que nous avons posés dès le début de notre discussion, établissent que son patrimoine s'augmente réellement des prix de vente qui sont payés aux époux pendant sa durée, que ces sommes suivent entièrement la condition de ce patrimoine dans lequel elles s'absorbent, et que les époux ne conservent sur elles d'autres droits que ceux qui leur sont attribués sur tous les effets de la communauté.

Cette observation fait justice d'une des idées qui ont servi de motifs à l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 février 1853, alors qu'il dit : « *puisque, dans l'un et l'autre cas, il s'agit pour elle (la femme) de rentrer dans ses biens propres ou dans leur valeur.* » Nous nous sommes également expliqué sur l'interprétation trop extensive donnée par cet arrêt des dispositions des articles 1470 et 1471. L'illustre auteur qui, le premier, a professé la théorie du

Digitized by Google

droit privilégié de la femme, condamne d'ailleurs lui-même cet argument et convient que, « si la femme n'avait pour se défendre contre les créanciers que l'article 1471, elle devrait succomber. »

« Ce qui fait sa force, ajoute-t-il, c'est l'article 1483. » Là est en effet, nous croyons pouvoir le dire, la seule raison plausible de douter.

La femme qui accepte la communauté, n'est tenue de ses dettes que jusqu'à concurrence de son émolument ; or, il n'y a d'émolument pour elle qu'après qu'elle est remplie de ses reprises. Il faut donc la remplir avant tout de ses reprises ; car sans cela, et si elle concourait avec les créanciers , elle souffrirait une diminution de son patrimoine et contribuerait aux dettes pour une somme supérieure à son émolument.

Tel est l'argument dans toute son énergie. On peut en tirer un tout semblable de l'article 1494 pour le cas de renonciation.

Cette argumentation, il faut en convenir, ne manque pas d'une certaine apparence de force ; maniée avec la rare habileté de M. le premier président Troplong, elle peut séduire et entraîner.

Et cependant nous sommes convaincu qu'elle est plus spécieuse que solide, et qu'elle doit perdre son prestige, si on la soumet à une analyse attentive.

Veut-on se convaincre tout d'abord de l'erreur qui l'entache ? Qu'on fasse le même raisonnement en faveur des personnes auxquelles notre législation civile a créé une situation identique à celle de la femme. Osera-t-on soutenir que l'héritier renonçant, parce qu'il est, comme la femme renonçante, déchargé de toute obligation aux dettes, ou que l'héritier bénéficiaire, parce qu'il est exempté, comme la femme acceptante qui a fait inventaire, de contribuer sur sa propre fortune à leur acquittement, pourront se payer intégralement et par privilége, sur la succession, des créances qu'ils ont contre elle ? Osera-t-on soutenir qu'en les astreignant à concourir avec les autres créanciers, on leur fait supporter sur leurs biens propres, qui se trouvent diminués de ce qu'ils manquent à recouvrer, une part contributoire du passif dont la loi a entendu les exonérer ? Evidemment non. Et cependant ils sont dans la même situation que la femme. L'héritier bénéficiaire est, comme la femme acceptante, saisi de ses gages ; *il veille sur ses gages*, il est en possession, il est là présent au milieu de ce qui fait son assurance et sa garantie ; il a les

Digitized by Google

mêmes titres qu'elle pour se payer par préférence et par l'effet d'une sorte de droit de rétention.

Est-il besoin de puiser une seconde preuve dans un ordre d'idées différent ?

Qu'on suppose la femme en lutte avec un créancier privilégié. Ira-t-on jusqu'à soutenir qu'elle doit le primer ? Pothier, qu'on invoque, donne la préférence à ce créancier, et il serait difficile, ce nous semble, de la lui contester. Il le faudra bien cependant : car si, par l'effet de la présence de ce créancier, la femme ne retrouvait pas l'intégralité de ses reprises, on pourrait dire que c'est elle qui l'a payé et que les articles 1483 et 1494 sont violés !

Le vice de l'argumentation vient de ce qu'on n'a pas fait une distinction nécessaire entre deux choses très-différentes en elles-mêmes, ne pas recouvrer tout ce dont on est déjà dessaisi et qui vous est dû, ou bien prendre sur ce que l'on a réellement et diminuer son avoir par un paiement effectif.

Par suite, on s'est exagéré la portée de l'article 1483.

Cet article n'a eu pour objet que de mettre le patrimoine propre de la femme à l'abri de toute poursuite du chef des créanciers de la communauté après sa dissolution, et de lui permettre de se débarrasser de leurs attaques, en leur faisant compte de sa part des biens communs, comme le peut aussi l'héritier bénéficiaire en abandonnant aux créanciers de la succession tous les biens de son auteur. Il les réduit au seul gage auquel ils puissent légitimement prétendre, l'avoir de la communauté au jour de sa dissolution, jusqu'à concurrence duquel la femme, aussi bien que le mari, et comme copropriétaire, est tenue envers eux.

Mais il y a loin de là à leur dénier tout droit sur ce gage, tant que la femme n'est pas remplie de ses reprises, et à constituer à celle-ci un privilége contre eux. Il y a loin de là à déclarer que la femme, si elle a imprudemment autorisé l'aliénation de ses propres sans remploi, si elle a fait un paiement pour la communauté, en un mot si elle lui a consenti un prêt à un titre quelconque, sera toujours indemnisée de toute perte et accaparera le gage de tous ceux à qui la communauté doit, et envers qui elle s'est liée elle-même par son acceptation. La loi ne pouvait pas lui donner une garantie aussi étendue, et elle ne l'a pas voulu, parce que c'eût été une flagrante iniquité en même temps qu'une impossibilité véritable.

Vainement on cherche à abuser du mot *émolument* employé par

Digitized by Google

le législateur : ce mot est sans contredit fort exact, mais il n'implique en rien la confirmation de la doctrine que nous combattons. La femme, on le sait, peut prendre des effets de la communauté à deux titres différents, ou comme associée copropriétaire, ou simplement comme créancière. Pour elle, il ne peut y avoir d'émolument que lorsqu'elle prend au premier de ces titres; quand c'est au second, il n'y a qu'un remboursement. Dès lors, ne fallait-il pas, pour que le privilége réservé à la femme munie d'un inventaire d'exercer, selon son intérêt, des droits de créance sur les choses dont elle a la copropriété, eût quelque chose d'effectif et de sérieux, que ce qu'elle prendrait dans la communauté en vertu de ce privilége ne pût pas lui être aussitôt repris par les créanciers et fût placé en dehors de leurs atteintes aussi bien que ses propres? L'article 1483, en limitant l'obligation de la femme à son émolument, a paré à ce danger, et s'il ne lui a pas assuré le paiement intégral de ses reprises en cas d'insuffisance du patrimoine de la communauté, il lui a, du moins, maintenu le droit de concourir efficacement avec les créanciers et de ne pas se voir enlever la totalité de ses indemnités.

Un exemple fera nettement saisir le sens précis de cet article.

Supposons une communauté riche de 100,000 francs d'actif et grevée de 50,000 francs de dettes; chacun des époux a 30,000 fr. de reprises à exercer, de telle sorte que leur part dans l'actif serait de 50,000 fr., et leur moitié à supporter dans le passif, de 25,000 fr. Les créanciers de la communauté ne pourront cependant point faire contribuer la femme pour plus de 20,000 fr. à l'acquittement des dettes, parce qu'elle n'a pris que cette somme au seul titre de propriétaire et comme émolument de communauté. S'ils veulent en outre s'attaquer aux 30,000 fr. d'effets de la communauté qui restent dans ses mains, elle leur opposera sa qualité de créancière et le droit d'être remboursée, que la loi lui réservait comme à eux et en concours avec eux, et dont elle pouvait se prévaloir pour l'intégralité de ses reprises, l'actif de la communauté dépassant dans l'espèce le montant total du passif et de ses reprises. Elle les renverra donc, aux termes de l'article 1483, à poursuivre sur la part de son mari le paiement des 5,000 fr. de dettes qui excèdent son émolument véritable.

Que si, au contraire, cette même communauté, au lieu de présenter un actif supérieur au passif, est en perte, la femme trouvera encore dans cet article une ressource précieuse. Dans

Digitized by Google

ce cas, sans doute, elle ne peut rien prendre qu'à titre de créancière et par voie de contribution, puisqu'il n'existe pas de masse active qui puisse devenir l'objet de l'exercice de son droit de propriété. Mais, du moins, ce qu'elle a retiré de la communauté à ce titre ne lui sera pas disputé, et, grâce à l'art. 1483, qui restreint contre elle à son émolument le droit de poursuite des créanciers, elle ne se verra point envier ce qu'elle aura sauvé du naufrage.

Cette disposition ne justifie donc pas mieux que celle de l'article 1471 le privilége qu'on revendique pour la femme, privilége que les principes lui dénient et dont le législateur du Code ne s'est point expliqué. Il a pris soin de lui conférer une hypothèque légale sur les immeubles de son mari ; mais il n'a pas plus songé à lui accorder en outre un privilége sur les meubles de la communauté que sur ceux du mari.

Et qu'on ne cherche pas, au défaut du Code, à fonder ce système sur la doctrine des anciens jurisconsultes français. Ce serait lui donner une base bien fragile, puisque ce serait ajouter à une erreur d'interprétation une erreur historique. Jamais ni Lebrun ni Pothier n'ont admis le droit de la femme de prélever comme copropriétaire les effets de la communauté pour se remplir de ses reprises. Ils ne l'admettaient même pas vis-à-vis du mari dans le partage. Comment l'auraient-ils pu comprendre à l'encontre des créanciers? Non, tous leurs ouvrages protestent contre la doctrine qu'on leur prête. Qu'on parcoure le *Traité de la Communauté* de Pothier ; jamais il ne parle des reprises de la femme que comme de CRÉANCES ; et il apportait trop de soin dans son langage, il connaissait trop bien la valeur des termes du droit pour désigner par le mot de CRÉANCE un droit de propriété. « *La seconde espèce de* CRÉANCE, dit-il au n° 584, *de chacun des conjoints contre la communauté est* LE REMPLOI DU PRIX DE SES PROPRES *aliénés durant la communauté.* » Il intitule le chapitre Ier de la quatrième partie, dans lequel il traite des reprises à exercer par les époux lors de la liquidation de la communauté : « *Des différentes* CRÉANCES *de chacun des conjoints contre la communauté.* » Enfin ce sont ces mêmes mots de CRÉANCES ET CRÉANCIÈRE qu'il emploie au n° 747, dans le passage dont on a voulu s'autoriser pour appuyer l'interprétation de l'article 1483 que nous avons réfutée. C'est par cette courte citation, qui nous semble au contraire confirmer notre opinion sur le sens et la portée de cet article, que nous terminons cette trop longue dis-

Digitized by Google

cussion : « *Lorsque la femme*, dit-il, *s'est trouvée* CRÉANCIÈRE DE LA COMMUNAUTÉ D'UNE SOMME POUR SES REPRISES, *toutes déductions faites de ce qu'elle devait à la communauté, elle n'est point obligée de se charger en recette de ce qu'elle a prélevé sur les biens de la communauté pour se* PAYER *de cette somme; car la femme par ce prélèvement n'ayant fait que se* PAYER DE CE QUI LUI ÉTAIT DU, *on ne peut pas dire que ce prélèvement soit quelque chose qu'elle ait amendé et dont elle ait profité des biens de la communauté.* » La pensée de Pothier nous paraît claire, et malgré l'emploi du mot *prélèvement*, le sens est parfaitement déterminé par l'insistance que, dans ce passage et dans tous ceux qui le précèdent ou qui le suivent, il met à se servir des mots CRÉANCE, PAYER ET DETTE. On ne pourrait, sans faire violence à sa doctrine entière, faire remonter jusqu'à lui la source du système de la copropriété et surtout du privilége de la femme.

Ce système manque donc de tout appui sérieux, et nous avons la confiance que les critiques presque unanimes qui ont accueilli l'arrêt du 15 février 1853, et la résistance persévérante et raisonnée de nombreuses Cours empêcheront qu'il ne s'établisse définitivement en jurisprudence.

6. — (CASSATION, 15 mars 1853. — *Devil.*, 53, 1, 465). — Cet arrêt, par lequel nous finissons cette revue des décisions relatives à la communauté conjugale, mérite à plus d'un titre d'être remarqué. Il consacre plusieurs solutions intéressantes en droit.

D'abord il admet que le régime de la communauté légale peut, aussi bien que celui de la communauté réduite aux acquêts, s'allier avec le régime dotal.

Ce point, qui a été quelquefois contesté, ne nous paraît cependant pas susceptible de faire l'objet d'une difficulté sérieuse. Le principe qui domine en cette matière, c'est celui de la liberté des époux, pourvu néanmoins que leurs conventions n'aient rien de contraire à l'ordre public. Or, puisque la loi autorise le régime dotal et l'inaliénabilité des immeubles de la femme qui en est la conséquence, comment prétendrait-on refuser aux conjoints, en se soumettant pour tout le reste à la communauté, la faculté d'assurer à la femme, à l'aide d'une dérogation toute spéciale, le bénéfice de la dotalité pour ses propres? La seule condition, à notre sens, pour la validité d'une pareille clause, c'est que la dotalité soit expressément stipulée dans le contrat, suivant la prescription de l'art. 1392.

Digitized by Google

Un second point qui ressort de l'arrêt du 15 mars, c'est qu'il n'est pas nécessaire, pour satisfaire à la prescription de cet article, de se servir de telles ou telles expressions sacramentelles, et que l'adoption du régime dotal est suffisamment exprimée par toute clause dont l'effet est de créer l'inaliénabilité absolue des immeubles dotaux, ou du moins d'étendre l'obligation et la responsabilité de leur remplacement du mari aux tiers acquéreurs. Ainsi, dans l'espèce, la Cour a reconnu que la soumission au régime de la dotalité, qui ne pouvait sortir de l'emploi du mot *dot*, ni même de la clause obligatoire d'un remploi en cas d'aliénation, était établie avec certitude par l'interdiction d'hypothéquer les immeubles frappés de cette clause, aussi bien que de les aliéner sans un remplacement. La prohibition d'aliéner et d'hypothéquer marque en effet le but essentiel du régime dotal et elle en est conséquemment, ainsi que le déclare l'arrêt, le signe caractéristique.

Vainement des auteurs, d'ailleurs considérables (puisqu'ils comptent parmi eux Merlin et Toullier), ont-ils soutenu qu'aucune clause ne pouvait fonder la dotalité, si les expressions de régime dotal n'y étaient introduites. Il y avait dans ce système une sorte de souvenir des formules sacramentelles de l'ancien droit romain, qui répugne aux idées dominantes de la législation française. Le bon sens a fait justice des subtilités du langage juridique, et notre législateur pose comme règle souveraine, qu'il faut s'attacher à l'intention des parties et la dégager des obscurités ou de l'insuffisance des stipulations écrites. Aussi les commentateurs les plus récents n'ont pas hésité à rompre avec les traditions de Merlin et de Toullier et à enseigner sur ce point une doctrine plus conforme aux principes de notre droit civil moderne. La Cour de cassation, par cet arrêt, vient de donner à leur opinion la haute sanction de sa jurisprudence.

Enfin, la troisième remarque qu'il nous suggère, c'est que la Cour, en cette matière, se réserve le droit de contrôler les appréciations d'actes émanées des juges du fait. Au lieu de se retrancher derrière la déclaration de la Cour de Caen, portant que les immeubles de la dame Levéel étaient dotaux, la Cour suprême a recherché elle-même si son contrat de mariage contenait bien réellement les éléments constitutifs de la dotalité et si l'on pouvait trouver dans la clause litigieuse la justification de la qualité que l'arrêt attaqué avait imprimée à ses biens. Nous croyons qu'en cela la Cour de cassation n'a nullement excédé les

Digitized by Google

limites de sa compétence. Sans doute, en thèse générale, elle doit s'abstenir de revenir sur les interprétations d'actes données par les juges du fait. Mais cette règle, qui est absolue lorsque l'interprétation n'a eu pour objet que de préciser le sens des conventions des parties et d'en déterminer nettement l'étendue, doit plier chaque fois qu'elle tend à la constatation des caractères juridiques de ces conventions et qu'elle a pour conséquence de fixer leur essence et leur vertu légales. C'est ainsi que la Cour de cassation revendique la révision des faits constitutifs de la novation, et c'est à bon droit qu'elle élargit de même le cercle de sa juridiction, lorsqu'il s'agit d'une stipulation de dotalité.

7. — (Aix, 4 février 1853.—*Devil.*, 53, 2, 465. *J. P.* 53, 1, 282.) — Nous ne voulons point terminer notre travail d'examen, sans signaler encore à l'attention de nos lecteurs une décision plus curieuse peut-être, parce qu'elle est tout à fait neuve et n'avait, à notre connaissance du moins, aucun précédent en jurisprudence, que bien nécessaire à enregistrer, parce qu'elle touche à une matière peu explorée par les auteurs et très-rarement débattue dans la pratique des tribunaux.

Un droit d'habitation peut-il être saisi par le propriétaire de la maison qui en est grevée, pour la garantie d'une créance qu'il a contre l'usager? Cette question a été résolue affirmativement par le tribunal de Marseille, dont la Cour d'Aix s'est purement et simplement approprié la sentence. Mais nous estimons que la solution contraire aurait été beaucoup plus conforme aux principes et qu'elle aurait dû prévaloir.

En thèse générale, il est incontestable que le droit d'habitation, comme tous les droits d'usage, est rigoureusement personnel à l'usager et qu'il ne peut profiter qu'à lui. C'est par là surtout que ces droits se distinguent de l'usufruit, et cette différence essentielle découle de la nature même des choses. Car, puisque l'usufruit absorbe la jouissance entière du bien grevé, il importe peu au propriétaire de ce bien que les produits en soient perçus par l'usufruitier lui-même ou par d'autres à sa place; pourvu que la substance de la chose soit conservée, il est sans intérêt, comme sans droit, à rechercher à qui revient en définitive le bénéfice de l'usufruit. L'usage, au contraire, se restreint aux seuls besoins de l'usager et de sa famille, et à l'utilité toute relative qu'il peut retirer du fonds qui y est soumis, en s'en servant selon sa destination; et dès lors il n'est pas indifférent qu'il soit exercé par

Digitized by Google

la personne au profit de laquelle il a été constitué, ou par un tiers. Les besoins de l'usager étant, en effet, l'unique mesure du droit, il est évident que l'étendue du droit, et conséquemment le droit lui-même changera, si la personne de l'usager change. Aussi le Code a-t-il expressément établi dans ses art. 631 et 634, comme un des caractères propres et dominants des droit d'usage, qu'ils ne peuvent être ni cédés ni loués.

Mais alors, si telle est leur condition qu'ils ne sauraient être aliénés par l'usager sans se dénaturer et sans se transformer, que non-seulement il faut qu'ils reposent sur sa tête, mais encore qu'ils ne sont susceptibles d'être exercés que par lui et que pour lui, il est bien évident qu'ils ne peuvent pas plus être aliénés par les créanciers de l'usager que par lui-même, et que ceux-ci n'ont pas un pouvoir que la loi dénie à leur débiteur. Les droits d'usage ne sont point dans le commerce, et par suite ils ne peuvent être l'objet ni d'une hypothèque ni d'une saisie, lesquelles ne sont que des moyens juridiques de subroger le créancier dans la faculté d'aliéner, qui fait le fond du droit de propriété.

L'art. 2118 consacre de la manière la plus nette, quoique implicitement, l'impossibilité légale d'asseoir aucune hypothèque sur les droits d'usage, et cette prohibition comporte virtuellement celle de les frapper de saisie.

Le droit d'habitation est donc incessible, et par suite insaisissable de sa nature. L'ancienne législation romaine, en le réglementant, lui avait conservé ses conditions propres et originaires dans toute leur intégrité ; à ce point que les jurisconsultes trouvaient de la difficulté à tolérer dans la maison affectée à ce droit la présence d'un hôte, ainsi que l'attestent les lois 10 au Digeste et 2 aux Institutes *de usu et habitatione*. Cette doctrine, il est vrai, s'était altérée plus tard ; le Code, par un sentiment de faveur pour l'usager, lui avait permis de louer les édifices grevés à son profit, et c'est dans cet état de transformation que les règles du droit d'habitation avaient passé dans les provinces de droit écrit. Mais tandis qu'elles y dominaient avec cette extension plus conforme à l'humanité qu'à la logique, les pays de coutume étaient revenus à la stricte observation des principes et se refusaient à toute cession d'un droit incessible par lui-même. Notre législateur, en ce point, a suivi les coutumes et il a reproduit leur théorie plus nette et plus vraie que les dispositions un peu incohérentes des lois romaines dans leur dernière période.

Digitized by Google

En présence des termes si généraux et si absolus de l'article 634, l'arrêt de la Cour d'Aix trouve-t-il au moins sa justification dans les circonstances particulières de la cause? Était-elle fondée à autoriser la saisie d'un droit d'habitation et à faire fléchir les principes, à raison de la double qualité de créancier et de propriétaire de la maison que réunissait le saisissant? Nous ne saurions le penser, parce que si le droit d'habitation a été déclaré incessible, cette disposition n'a pas tant sa cause dans l'intérêt du propriétaire que dans le caractère essentiellement relatif et personnel de ce droit qui, dès lors, répugne à toute cession. Dès lors, il importe peu que le saisissant soit le propriétaire lui-même ou un créancier qui n'aurait, sur le fonds grevé, aucun droit de son chef. Si le droit d'habitation ne peut subsister qu'à la condition d'être exercé par l'usager et ne peut être transporté à d'autres sans se dénaturer, il n'est pas plus en la puissance du propriétaire de la maison que de toute autre personne, de faire qu'il puisse valablement passer des mains de l'usager en d'autres mains.

L'arrêt que nous examinons ici, repose sur une idée doublement fausse. Il part de cette doctrine que la prohibition de céder et de louer est une restriction au droit d'habitation, et que cette restriction n'existe qu'au profit du propriétaire qui peut conséquemment y renoncer et, par cette renonciation, faire rentrer dans le commerce un démembrement de l'immeuble, qui n'en avait été exclu que dans son intérêt.

Mais, d'abord, il est complétement inexact de présenter la prohibition de céder et de louer comme une restriction au droit d'habitation, parce que ce droit n'a jamais compris ni pu comprendre en soi le pouvoir de céder et de louer, qu'il consiste tout entier dans la faculté pour l'usager de se servir de la maison grevée à concurrence de ses besoins, et que, conséquemment, il a toute sa plénitude par le seul fait de la jouissance personnelle du bénéficiaire et en l'absence de toute faculté de cession, par quelque voie que ce soit.

En second lieu, où la Cour d'Aix a-t-elle vu que la défense de céder ce droit n'existe qu'au profit du propriétaire? Quand la loi porte expressément que le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué, elle devrait s'entendre en ce sens que l'interdiction n'est écrite que pour l'avantage du propriétaire, qu'elle est relative à lui seul, et qu'ainsi elle devrait cesser à sa seule volonté et suivant son seul intérêt! Non, si telle eût été la pensée du législateur, il aurait su l'exprimer et n'aurait assurément pas condamné le juge

Digitized by Google

à un effort si considérable d'interprétation. Il n'aurait pas promulgué en termes absolus, et sans distinction ni réserve, une disposition dont la portée serait aussi restreinte et tout exceptionnelle.

Mais, objecte-t-on, si le propriétaire y consent, l'usager peut transporter son droit à un tiers. Sans doute. Mais quelle déduction utile veut-on tirer de cette décision hypothétique, d'une exactitude d'ailleurs incontestable? Est-ce que le propriétaire, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à des droits antérieurement acquis, n'est pas toujours le maître d'imposer à son fonds de nouvelles charges, à titre soit précaire soit obligatoire? Est-ce qu'il n'est pas libre de créer en faveur de Pierre, sous telle condition et pour telle durée qu'il lui plaît, un droit semblable à celui qui appartenait à Paul et auquel Paul renonce? Mais il serait parfaitement illogique de conclure de là que le droit qu'avait Paul n'ait pas cessé d'exister, contrairement à son essence, en cessant de reposer sur sa tête, et qu'au lieu de faire place à un nouveau droit semblable, il ait été plié à une cession incompatible avec les conditions mêmes de sa nature.

Et qu'on y prenne garde; on se préoccupe exclusivement du droit du propriétaire, et on oublie le droit de l'usager. Ce droit cependant ne doit point rester sans protection. Or, sera-t-il permis au premier de confisquer à son profit le droit du second, parce qu'il est devenu son créancier? Mais peut-être la dette sera d'une faible importance, et le droit, en prévision des chances ordinaires et des éventualités probables, d'un avantage très-considérable pour l'usager. Ce droit aura peut-être été acquis (comme dans l'espèce du reste) à prix d'argent, et il puisera dans le titre onéreux de sa constitution un degré de plus d'inviolabilité. Assurément, les juges ne pourraient sans une flagrante iniquité supprimer purement et simplement un pareil droit en compensation d'une créance de quelques centaines francs. Il faudra donc une estimation. Mais quel sera le mode suivant lequel ils la feront? Prendront-ils pour mesure le bénéfice retiré par le propriétaire de sa mainmise? Mais alors ils risqueront le plus souvent d'être injustes à l'égard de l'usager? Sera-ce, au contraire, le dommage que l'usager ressentira de la privation de son droit? Mais ce dommage ne saurait payer le créancier.

Ainsi, de quelque côté qu'on se tourne, ce système, contradictoire aux principes du droit, conduit dans la pratique à des impossibilités et aboutit à l'injustice. Nous pourrions ajouter qu'il

Digitized by Google

enfanterait la fraude en offrant aux propriétaires un moyen facile de s'affranchir à peu de frais d'une servitude gênante. Nous n'hésitons donc pas à penser que le plus sûr, en cette matière, est de s'en tenir à la règle de l'article 634, et que la Cour d'Aix aurait rendu un arrêt tout à la fois plus juridique et plus sage, si elle avait annulé l'hypothèque et la saisie dont le propriétaire avait frappé le droit d'habitation constitué sur sa maison.

FL. MIMEREL.

EXAMEN CRITIQUE

DU CONTRAT SOCIAL DE J. J. ROUSSEAU,

Par M. PAUL JANET, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Strasbourg [1].

Les deux plus célèbres écrits politiques de J. J. Rousseau sont le *Discours sur l'origine de l'inégalité* et le *Contrat social*. Ces deux ouvrages n'ont pas, à beaucoup près, la même valeur. Le premier, plein d'imagination, d'esprit, et de passion n'est cependant pas d'une grande portée philosophique : la conjecture y remplace trop souvent l'observation et le raisonnement ; la violence et l'amertume en gâtent l'éloquence, et l'on y cherche en vain cette clarté et cette sérénité qui est le témoignage de l'amour pur de la vérité. L'auteur confond comme à plaisir le juste et l'injuste, la propriété due au travail et celle qui vient de l'usurpation, les lumières et la corruption, la magistrature et le despotisme, et il réduit l'homme à cette triste alternative d'être méchant ou d'être bête. Au reste, J. J. Rousseau se plaint lui-même du ton dur et de l'air noir de ce premier écrit ; et il l'attribue à l'influence de Diderot [2].

Il reste assez peu de traces, dans le *Contrat social*, de cette humeur aigrie qui rebute à la lecture du *Discours sur l'inégalité*. Le ton est généralement sévère, la composition forte, la pensée profonde, quoique subtile, le style d'une rare concision. Les erreurs, les contradictions et les obscurités y sont très-nom-

[1] Ce travail est tiré d'un mémoire couronné en 1853, par l'Académie des Sciences morales et politiques, sur la Comparaison de la philosophie morale et politique des anciens et des modernes : ouvrage qui sera publié prochainement.

[2] *Confessions*, l. VIII.

Digitized by Google

breuses : mais une singulière vigueur d'analyse et de dialectique, et la tentative hardie de ramener la politique à l'exactitude d'une science abstraite, font du *Contrat social*, un ouvrage très-original, qu'il n'est point permis de traiter avec indifférence, quelque rapport qu'il puisse avoir à nos goûts et à nos sentiments particuliers.

Le dessein de Rousseau a été de remonter aux premières idées de la politique, à peu près comme un siècle auparavant, Descartes avait cherché à démêler les premières idées d'où dérive tout le système de nos connaissances. Montesquieu avait eu, il est vrai, un dessein à peu près semblable. Mais les principes de Montesquieu ne sont que des faits généraux tirés de l'observation et de la comparaison de ce qui est ou de ce qui a été : c'est une philosophie historique. Les principes de J. J. Rousseau sont ou veulent être des principes absolus déduits de l'idée même de la société, et exprimant les conditions essentielles de son existence.

Tel est du moins le dessein qui ressort de la lecture du *Contrat social*. Mais il faut reconnaître que l'auteur ne l'a pas accusé avec assez de clarté, et l'on pourrait, en s'en rapportant à lui-même, se méprendre sur le sujet de son livre. Rousseau se trompe et nous trompe, lorsqu'il dit : « Je veux chercher si dans l'ordre « civil, il peut y avoir quelque règle d'administration légitime et « sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont et les lois telles « qu'elles peuvent être [1]. » Ce n'est pas le sujet du *Contrat social* : il ne recherche pas une règle d'administration, mais le principe abstrait et universel du droit politique : il ne prend pas les hommes tels qu'ils sont, mais il considère l'homme en général, en dehors de tous les temps, de tous les lieux, et de toutes les circonstances : il ne dit pas ce que les lois peuvent être, mais ce qu'elles devraient être, si cela était possible. Ce qui jette encore de l'obscurité, c'est qu'on ne sait guère si l'auteur fait de l'histoire ou de la métaphysique, s'il raconte la naissance des sociétés, ou s'il en cherche le principe idéal et absolu. Il semble avoir eu des mémoires authentiques sur les premières origines de la société parmi les hommes, tant il en parle avec assurance : mais il ne faut pas trop le prendre à la lettre : en expliquant comment les choses se sont passées, je suppose qu'il veut faire entendre comment elles se seraient passées si les sociétés s'étaient établies par les principes de la raison.

[1] *Contrat social*, l. I.

Digitized by Google

Rousseau réfute d'abord le principe du droit du plus fort. Il semble étrange que l'on soit obligé d'employer le raisonnement contre un système aussi absurde. Mais ce système avait trouvé au XVIIe siècle, un très-habile avocat, le célèbre Hobbes, partisan de Charles Ier, et chassé en France par la révolution d'Angleterre. Ce subtil philosophe avait défendu la thèse du despotisme par une suite de raisonnements spécieux très-bien liés, fondés sur ce faux principe, que les hommes ont tous primitivement un droit égal et sans limites sur tout ce qu'ils désirent, d'où il suit que l'état de nature est un état de guerre, dont on ne peut sortir qu'en remettant à un chef, quel qu'il soit, une puissance absolue. Le droit de la force était habilement dissimulé, mais pourtant sous-entendu dans ce dangereux système. Tout le monde, au reste, l'avait réfuté. Rousseau ne rajeunit cette réfutation que par l'originalité de son style.

D'un autre côté, Grotius, le fameux auteur du *Droit de la paix et de la guerre*, sans partager les principes de Hobbes, aboutissait, par un biais de juriste, aux mêmes conséquences. « Si un particulier, disait-il, peut aliéner sa liberté, et se rendre esclave d'un maître, pourquoi tout un peuple ne pourrait-il pas aliéner la sienne et se rendre sujet d'un roi? » On voit qu'il établissait la servitude politique sur la servitude domestique, et il faisait dériver l'une et l'autre de la volonté libre des contractants. Rousseau n'a pas de peine à rendre sensible la vanité d'un tel contrat : « C'est une convention vaine et contradictoire de sti-« puler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéis-« sance sans bornes. N'est-il pas clair qu'on n'est engagé à rien « envers celui dont on a droit de tout exiger? Et cette seule con-« dition, sans équivalent, sans échange, n'entraîne-t-elle pas la « nullité de l'acte? Car quel droit mon esclave aurait-il contre « moi, puisque tout ce qu'il a m'appartient, et que son droit « étant le mien, ce droit de moi contre moi-même est un mot qui « n'a aucun sens [1]. » Ces conséquences sont tellement vraies que Hobbes, plus audacieux que Grotius, les avoue expressément, et déclare qu'un maître ne peut pas commettre d'injustice envers son esclave : « Car, dit-il, celui-ci a soumis sa volonté tout en-« tière, et tout ce que le maître fait, il le fait du consentement de « l'esclave; et l'on ne peut faire d'injure à celui qui est content de

[1] *Contrat social*, l. I, c. IV.

Digitized by Google

« la recevoir [1]. » Qu'est-ce donc qu'un pareil contrat? Il est nul par les termes mêmes. En outre, il est illicite. La nature humaine s'y oppose : « Renoncer à la liberté, dit Rousseau, c'est renoncer « à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses « devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque « renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la « nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité aux actions, que « d'ôter toute liberté à la volonté [2]. » J'insiste sur ce remarquable passage : il nous montre le lien de la liberté civile et politique avec la liberté morale, et met hors de doute le titre sacré et inviolable de la personne humaine. J'ose dire qu'aucun publiciste n'avait encore pénétré aussi avant. Rousseau est un des premiers politiques qui aient fait voir qu'il y a dans l'homme quelque chose d'inaliénable, indépendant de toute convention. Il est malheureux que lui-même démente si vite son principe, et qu'oubliant à son tour le droit des individus et des personnes, il le sacrifie presque absolument à la suprématie illimitée de l'État.

Il avait pourtant mesuré avec justesse les difficultés du problème, et il avait très-bien vu que le point délicat est de fixer la limite qui sépare la protection de l'oppression, et de concilier ce que l'individu se doit à lui-même avec ce qu'il doit à l'État. Il formulait ainsi ce problème embarrassant : « Trouver une forme « d'association qui défende et protége de toute la force com- « mune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle « chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, « et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fonda- « mental, dont le *Contrat social* donne la solution [3]. »

Ce n'est pas une objection à faire contre l'hypothèse du contrat social que de demander où et comment ce contrat a été passé, et s'il en reste quelques traces : car d'abord ce contrat peut avoir existé implicitement et tacitement, sans qu'il en subsiste aucun témoignage : de plus, lors même qu'un tel contrat n'eût jamais existé, l'auteur aurait encore le droit d'affirmer qu'il est en principe la condition d'une société véritable, et que l'État, pris en soi, sans regarder à son origine, n'est autre chose qu'une association libre réglée par un contrat.

On ne serait pas non plus dans le vrai si on objectait à Rousseau

[1] *Hobbes. de civ*, sect. 11, c. v, § 7.
[2] *Contr. soc.*, l. I, ch. IV.
[3] Ibid., c. VI.

Digitized by Google

que la société ne naît pas d'un contrat, mais qu'elle vient de la nature; car il n'est pas traité ici de la société humaine en général, mais de la société politique en particulier, deux choses bien différentes; Locke observe avec justesse dans son *Essai du gouvernement civil*, qu'un Français et un Indien qui se rencontrent dans les déserts de l'Amérique, sont bien entre eux dans un certain état de société, mais ne font point partie pour cela d'une même société politique. Les principes qui servent à expliquer la naissance de la société humaine ne suffisent donc pas à expliquer celle du corps politique, et en répétant avec Aristote que l'homme est un animal sociable, il ne faut pas croire avoir rendu compte de l'origine de l'État. Rousseau dit très-bien que la question est précisément de définir « l'acte par lequel un peuple est un peuple. » Or, cet acte est un contrat. Il est vrai que la plupart des États se forment par conquêtes successives. Mais, outre que le fait ne vaut pas contre le droit, qu'arrive-t-il lorsqu'un peuple en soumet un autre? Il cherche à se l'attacher en le faisant de plus en plus participer aux bienfaits de ses propres lois, c'est-à-dire à conquérir la volonté, après avoir conquis le territoire. Jusqu'au moment où le vaincu consent à son union avec le vainqueur, l'unité n'est que nominale, et le moindre accident la met en péril. Mais lorsque, sans conquêtes, sans violences, il se fait un contrat d'égal à égal entre deux ou plusieurs provinces, qu'elles consentent à vivre sous le même système de gouvernement ou de lois, comme aux État-Unis, ou comme cela est arrivé souvent pour la France même, n'est-ce point là l'idéal d'un peuple légitimement constitué? Enfin supprimer dans un État la volonté commune à tous les citoyens de vivre ensemble liés par les mêmes engagements, et avec un partage égal ou équivalent de charges et d'avantages, quel sera le principe conservateur du corps politique? La force seule, principe fort incertain, car la force passe tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, et dans ces alternatives, l'État périt infailliblement.

Ce n'est donc pas le principe même du contrat social qu'il faut combattre, mais les clauses et les conditions de ce contrat: elles se ramènent toutes à une seule: l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté [1].

On se demande par quelle contradiction Rousseau, qui a établi

[1] *Contr. soc.*, l. I, c. VI.

Digitized by Google

avec tant de force contre Grotius que, ni un homme ni un peuple ne peuvent s'aliéner et renoncer à leur liberté, fait maintenant consister l'essence du pacte social dans l'aliénation de chacun à tous. L'expression même d'aliénation est déjà hyperbolique. Une personne, un être libre ne peut s'aliéner; les choses seules sont aliénables. Mais comme si l'expression n'était pas assez forte, Rousseau l'exagère en la développant; car il demande à chaque personne une aliénation totale d'elle-même avec tous ses droits. Qu'est-ce autre chose qu'une véritable mort, et comment l'acte fondamental de la vie sociale peut-il être à l'origine le renoncement absolu de chacun à soi-même?

Rousseau prétend que cette aliénation est sans danger pour deux raisons : « 1° Chacun se donnant tout entier, la condition « est égale pour tous; et la condition étant égale pour tous, nul « n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres; 2° chacun se don- « nant à tous ne se donne à personne; et comme il n'y a pas un « associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède « sur soi, on gagne l'équivalent de ce qu'on perd et plus de force « pour conserver ce qu'on a [1]. »

Voilà bien des abstractions et des obscurités. On comprend assez la première compensation : c'est que le sacrifice est égal pour tous. Mais n'est-ce point une médiocre consolation d'être esclave avec tout le monde, et l'aliénation totale de chaque associé est-elle moins injuste et moins contraire au droit, pour être commune à tous? Il est vrai que l'auteur ajoute que cette condition étant commune, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. Cela peut être vrai d'une société idéale où tous prononceraient en effet et unanimement sur les intérêts de tous. Mais en fait la puissance souveraine se ramasse toujours dans quelques-uns; ceux-là pourraient donc opprimer les autres impunément et justement, puisque chaque associé a tout aliéné à la communauté, et que le chef peut dire : La communauté, c'est moi.

Rousseau dit encore que l'on gagne l'équivalent de ce que l'on perd, puisque chaque membre reçoit comme faisant partie du tout la personne, les biens et les droits de chaque associé. Mais que m'importe de recevoir la personnalité d'autrui, si je perds la mienne? La personne des autres hommes ne m'appartient pas plus que la mienne à eux : ils n'ont point eux-mêmes

[1] *Cont. soc.*, l. II, c. VI.

Digitized by Google

le droit de me la céder. C'est là un échange étrange et incompréhensible : je donne tout, puisque je me donne moi-même. Y a-t-il une compensation à cela? Je donne le tout, et je ne reçois que des parcelles, puisque ce que chacun donne se trouve disséminé entre tous les membres du tout. Cette part imperceptible de suprématie du tout sur les parties que je reçois, comme étant moi-même membre du tout, me dédommage-t-elle de la perte infinie que j'ai d'abord faite en sacrifiant tout mon être?

Enfin est-il possible, quelque effort que l'on fasse, de rien comprendre à cette opération abstraite et algébrique de l'aliénation de tous à tous? Par là, dit-on, est obtenue la plus parfaite unité. Oui, sans doute, mais aussi la plus parfaite abstraction : ce je ne sais quoi que vous appelez l'État, et auquel chacun se sacrifie tout entier, n'est rien, s'il n'est la collection de personnes vivantes, agissantes, douées de pensée et d'action, ayant par conséquent des droits, des devoirs, des sentiments, des facultés naturelles, qu'elles ne peuvent point aliéner sous peine de mourir. Sacrifiez tout cela : que reste-t-il? Le néant. Platon aussi, dans sa *République*, avait voulu former un État absolument un. Aristote lui répondait : « L'État n'est pas une unité absolue, « mais une collection d'individus spécifiquement différents. [1] » Cette parole lumineuse a autant de force contre le *Contrat social* que contre la *République*.

Par le contrat social, les hommes qui n'étaient auparavant qu'une multitude éparse, se réunissent en un corps, et forment en quelque sorte une seule personne. C'est l'État, que l'on appelle également le Souverain, lorsqu'on le considère dans la puissance qu'il exerce sur ses propres membres ; et les membres de l'État ont à leur tour deux noms, selon qu'on les prend comme des parties du souverain, ou comme soumis à ses volontés : car la même personne, dans tout corps politique, présente ces deux rapports, exprimés par les termes opposés de *citoyen* ou de *sujet*. C'est pourquoi Rousseau dit que chacun contracte avec soi-même : chacun s'engage en effet à obéir comme sujet aux lois qu'il portera comme citoyen. C'est ce double rapport qui, selon lui, garantit la liberté et la sécurité de l'individu. Mais mon objection revient toujours : comment peut-on contracter avec soi-même, lorsque l'on a renoncé d'abord à toute personnalité ?

[1] Arist., *Politique*, l. II, c. I, § 4.

Digitized by Google

La pensée de Rousseau oscille sans cesse entre ces deux contraires : les droits de l'État et les droits de l'individu. Ainsi après avoir abandonné à la personne publique, tous les droits de tous les associés, il se demande cependant quelles sont les bornes du pouvoir souverain. Cette question a également arrêté deux publicistes, dont les principes ont certaines analogies avec ceux de Rousseau : Hobbes et Spinosa. Selon Spinosa, le droit se mesure à la puissance ; celui qui peut tout, a droit à tout : système où il paraît impossible de découvrir une limite au pouvoir souverain. Il y en a cependant une, selon Spinosa, et qui se tire du principe lui-même. En effet, il n'y a point de souverain si absolu qu'il puisse tout à la lettre. La limite de son droit est l'impossibilité même où il est de détruire toutes les forces contraires à la sienne [1] : pauvre réserve, car jusqu'à ce que le souverain ait atteint cette limite de l'impossible, il lui reste bien assez de champ pour opprimer, humilier et anéantir les droits les plus sacrés de l'humanité. La limite que Hobbes reconnaît au pouvoir souverain est encore plus ridicule : c'est, dit-il, le point où un sujet aimerait mieux la mort que l'obéissance [2] : en d'autres termes, le seul droit que le sujet ait contre la souverain, c'est de mourir. Il n'était point besoin de Hobbes pour apprendre à un esclave que ce triste droit ne peut lui être enlevé.

Quant à Rousseau, il a une idée plus élevée des droits de la nature humaine : il cherche à sauver les personnes privées, qui sont naturellement, dit-il, indépendantes de la personne publique. Il distingue les droits respectifs des citoyens et du souverain, et il se souvient enfin que les citoyens ont des droits naturels dont ils doivent jouir en qualité d'hommes [3].

Mais dès lors, il n'est donc point vrai que chaque associé aliène effectivement tous ses droits, qu'il commence par renoncer à tout ce qu'il possède, pour en obtenir la garantie : contrat absurde, comme Rousseau l'a fait voir en réfutant l'esclavage. Il se corrige maintenant en ces termes : « On convient, que ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de « sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage

[1] Spinosa, *Traité théologique, politique*, c. XVII. Il est juste d'ajouter que Spinosa fait une exception remarquable en faveur de la liberté de la parole et de la pensée, Mais c'est une contradiction.

[2] Hobbes, *de Civ.*, sect. 2, c. VI, § 13.

[3] *Contrat social*, l. II, c. IV.

Digitized by Google

« importe à la communauté [1]. » Ainsi l'aliénation n'est pas totale, mais partielle. « Il est si faux, dit-il encore, que dans le « contrat social il y ait de la part des particuliers aucune renon- « ciation véritable que leur situation, par l'effet de ce contrat, « se trouve réellement préférable à ce qu'elle était auparavant [2]. » Mais comment a-t-il pu appeler une aliénation totale ce qui n'est pas même une renonciation? Lorsqu'on livre tout, comment peut-on recevoir davantage? Il est très juste de dire que par l'effet du pacte social, la situation de chaque associé devient meilleure : mais ce n'est pas parce qu'il a commencé par tout donner, mais bien parce qu'en sacrifiant quelque chose, il a obtenu la garantie du reste.

Rousseau ajoute « que le souverain est le juge de l'impor- « tance des sacrifices nécessaires à la communauté [3]. » Voilà de nouveau la balance qui penche du côté du souverain. Bien entendu cependant, ce principe est vrai : si Rousseau veut dire qu'il faut dans tout État une autorité dernière, que cette autorité ne peut pas être l'individu, que si l'individu a le droit de juger entre l'État et lui, il n'y a plus d'Etat, que la loi est souveraine, et respectable même quand elle se trompe, il exprime un principe, qui est la base nécessaire de tout ordre politique, quel qu'il soit. Ce principe a fait la force des États de l'antiquité : rien n'est beau comme ce sentiment de respect et d'obéissance que le citoyen antique avait pour la cité, la patrie, la loi. Socrate, injustement condamné par l'Aréopage, se croyait obligé de mourir pour obéir aux lois, et comme ses amis le pressaient de s'enfuir, il évoquait l'image de ces lois bienfaitrices, leur donnait une âme, et leur prêtant contre lui-même les plus imposantes paroles, il se faisait rappeler par elles leur autorité maternelle, et les engagements où il était entré, en acceptant leur protection [4].

Mais si Rousseau entend que le souverain est juge absolu et irresponsable, que tout ce qu'il a décidé est non-seulement obligatoire, mais juste, qu'entre le souverain et le sujet il n'y a aucun arbitre, même moral, et enfin que le citoyen n'a exactement de droits que celui que le souverain lui donne ou lui laisse, cette maxime est celle de tous les gouvernements tyranniques.

[1] *Contrat social*, l. II, c. IV.
[2] *Id.*, l. II, c. IV.
[3] *Id.*, l. II, c. IV.
[4] Voyez dans le *Criton* de Platon, l'admirable prosopopée des lois.

Digitized by Google

Or, c'est là ce qui paraît résulter de ce passage. « Le souve-« rain n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a « ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur : par conséquent « la puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les « sujets, parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire « à tous ses membres, et nous verrons ci-après qu'il ne peut « nuire à aucun en particulier. Le souverain, par cela seul qu'il « est, est toujours ce qu'il doit être [1]. » C'est en vertu du même principe que Rousseau soutient que le souverain n'est engagé à rien envers lui-même : « Il est contre la nature du corps « politique, dit-il, que le souverain s'impose une loi qu'il ne « puisse enfreindre. Ne pouvant se considérer que sous un seul « et même rapport, il est alors dans le cas d'un particulier con-« tractant avec soi-même : par où l'on voit qu'il n'y a, ni ne peut « y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le « corps du peuple, pas même le contrat social [2]. » Dans ces différents passages, Rousseau place la souveraineté dans la seule volonté du peuple. Mais il ne suffit pas de considérer ce que le peuple veut : il faut compter aussi avec ce qu'il doit. Ce n'est pas la volonté des contractants, fût-elle unanime, qui fait la justice : la justice est le fondement, et non l'effet des conventions civiles : il y a donc des lois fondamentales obligatoires pour tout le peuple, qu'il y consente ou non ; et le contrat social, qui a son origine dans la vocation naturelle de l'homme pour la société, est de ce nombre.

Rousseau paraît bien, il est vrai, admettre lui-même ces vérités, lorsqu'il dit : « Ce qui est bien et conforme à l'ordre est tel « par la nature des choses et indépendamment des conventions « humaines. Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source. « Mais si nous savions la recevoir de si haut, nous n'aurions be-« soin ni de gouvernement, ni de lois. Sans doute, il est une jus-« tice universelle émanée de la raison seule ; mais cette justice, « pour être admise entre nous, doit être réciproque. A considérer « humainement les choses, faute de sanction naturelle, les lois de « la justice sont vaines parmi les hommes : elles ne font que le « bien du méchant et le mal du juste, quand celui-là les observe « avec tout le monde, sans que personne les observe avec lui. Il faut

[1] *Cont. soc.*, l. I, c. VII.
[2] *Id.*, l. I, c. VII.

Digitized by Google

« donc des conventions et des lois pour unir les droits aux devoirs, « et ramener la justice à son objet [1]. » Ainsi, de l'aveu de Rousseau, il y a des lois de justice antérieures aux engagements politiques et civils : et ces engagements ne sont pas le fondement de la justice, ils n'en sont que la garantie. Nous revenons ainsi par un autre chemin aux conséquences déjà établies : car s'il y a une justice naturelle, il y a des droits naturels, et s'il y a des droits naturels, le droit du souverain n'est pas absolu, l'obéissance du sujet ne l'est pas davantage, et le pacte social n'est pas et ne peut pas être l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté.

On peut vérifier sur un point particulier la justesse de ces observations générales : je veux parler de la théorie de la propriété.

Selon la théorie de Rousseau, il y a une possession primitive, qui repose sur le droit du premier occupant : mais pour que cette possession devienne légitime, il faut qu'elle soit reconnue et garantie par l'État, ce qui a lieu de cette manière : chaque associé renonce à tout ce qu'il possédait avant le contrat social, et la société devenue alors seule maîtresse de tous les biens remet à chacun sa part en la garantissant : d'où il suit que la sécurité des propriétés est achetée de leur indépendance : chaque citoyen, selon l'expression même de Rousseau, n'est plus que le dépositaire du bien public. Si l'on y regarde bien, c'est un contrat semblable à celui que passaient à la fin de l'empire romain, les petits propriétaires avec les grands : pour acheter la tranquillité, ils sacrifiaient la liberté : ils leur remettaient la propriété de leurs biens qu'ils recevaient ensuite de nouveau à titre de fermiers ou de colons : contrat qui de proche en proche a produit le servage du moyen âge. Voici des passages qui mettent hors de doute la théorie que nous attribuons ici à l'auteur du *Contrat social :* « L'État, dit-il, à l'égard de ses « membres, est *maître* de *tous leurs biens* par le contrat social, « qui dans l'Etat sert de base à tous les droits..... Ce qu'il y a « de singulier dans cette *aliénation*, c'est que loin qu'en accep- « tant les biens des particuliers, la communauté les en dépouille, « elle ne fait que leur en assurer la légitime possession, changer « *l'usurpation* en véritable droit et la jouissance en propriété [2]. »

[1] *Contr. soc.* l. II, c. VI.
[2] *Id.*, l. I, c. IX.

Digitized by Google

Toute cette théorie est complétement fausse. L'Etat ne crée pas la propriété : il la garantit. Je veux que le droit du premier occupant ne suffise pas pour donner naissance à une légitime propriété. Car, comme le dit très-bien J. J. Rousseau, « suffira-t-il de mettre le pied sur un terrain commun pour s'en prétendre aussitôt le maître? suffira-t-il d'avoir la force d'en écarter un moment les autres hommes pour leur ôter le droit d'y jamais revenir [1]? » Mais ajoutez-y cette condition, qu'on en prenne possession « non par une vaine cérémonie, mais par le travail et la culture. » Sera-t-il juste alors d'appeler une propriété fondée sur de tels titres une usurpation, et est-il nécessaire que l'Etat intervienne pour fonder mon droit? où prendrait-il lui-même ce droit, et ne serait-ce pas au contraire, de la part de l'Etat, une usurpation insupportable de s'approprier ce que j'ai occupé le premier, et ce que j'ai rendu mien par mes sueurs? Qu'ai-je besoin de recevoir ultérieurement de sa volonté ce que j'ai d'abord gagné par moi-même? J'imagine que j'aille mettre le pied sur un de ces vastes territoires inoccupés qui restent encore dans le continent américain, que j'y plante une tente, que j'y ensemence un champ, que j'apporte la vie à ce sol inerte : je suis seul, l'Etat n'est pas là pour consacrer mon droit de propriétaire, en est-il moins vrai que ce droit, je l'ai, et qu'un colon nouveau n'aura aucun droit contre le mien? Mais le voici qui, à côté de moi, suit mon exemple : un troisième vient ensuite, d'autres encore, et il se forme ainsi une réunion de maisons, de champs, de domaines, un village, une ville, une cité : un ordre devient nécessaire : des chefs sont nommés, des lois portées, un gouvernement s'établit, voilà un Etat nouveau dans le monde. Quoi! ce droit, clair comme la lumière du jour, que j'avais tout à l'heure sur mon bien quand j'étais seul, en serai-je dépossédé parce que j'ai maintenant des voisins, et l'accession de ces nouveaux arrivants peut-elle rien ajouter ou rien ôter aux droits antérieurs? L'Etat, qui n'est qu'une règle, a-t-il aucun droit sur cette terre que j'ai en quelque sorte créée par mon industrie, quand il n'existait pas encore? Et serai-je déclaré par lui usurpateur jusqu'au moment où je consentirais à devenir son fermier? Le contrat social n'ajoute qu'une chose au droit du propriétaire, la garantie commune; et la nécessité des engagement

[1] *Cont. soc.*, l. I, c. IX.

Digitized by Google

civils ne vient pas de l'absence d'un droit antérieur, mais de l'impuissance de défendre ce droit, faute de sanction. Hors de cette doctrine, la propriété n'est pas assurée : car s'il est vrai, comme le dit Rousseau, que « le droit que chaque particulier a « sur son propre fonds est subordonné au droit que la commu- « nauté a sur tous [1], » j'accorde que dans cette doctrine ma propriété peut être garantie par l'Etat contre mes voisins, mais elle ne l'est pas contre l'Etat lui-même.

Du souverain, il faut descendre au gouvernement. Rousseau est le premier qui ait opposé ces deux termes, jusque-là toujours plus ou moins confondus. Il compare le souverain à la volonté, qui dans l'homme, détermine un acte libre, et le gouvernement à la force qui l'exécute. Le souverain ne peut avoir que des volontés générales : il lui faut cependant un agent qui exécute ou fasse exécuter ses volontés : c'est le gouvernement. Le gouvernement n'est que le mandataire du souverain : il est l'intermédiaire entre le souverain et les sujets. Ainsi le corps politique se compose de trois termes, qui forment entre eux une proportion : le souverain commande, le gouvernement exécute, le sujet obéit. Rousseau cherche à nous donner une idée de ces différents rapports par d'ingénieuses traductions mathématiques, mais plus compliquées et beaucoup moins claires que les choses mêmes qu'elles représentent.

On a raison de dire que Rousseau est le premier qui ait défini rigoureusement le gouvernement, en l'opposant au souverain. Mais le fondement de cette distinction n'est-il pas déjà dans Montesquieu ? Lorsque celui-ci dit par exemple : « Comme dans un « État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit « être gouverné par soi-même, il faudrait que le peuple en corps « eût la puissance législative [2]. » Lorsqu'il parle de ces gouvernements, où le même corps de magistrats « a, comme exécuteur « des lois, toute la puissance qu'il s'est donnée comme législa- « teur... peut ravager l'État par ses volontés générales, et dé- « truire chaque citoyen par ses volontés particulières [3], » n'est-ce pas la pensée et le langage même de J. J. Rousseau ? La seule chose qui appartienne à celui-ci, c'est d'avoir limité le sens du

[1] *Cont. soc.*, l. I, c. IX.
[2] *Esprit des lois*, l. XI, c. VI.
[3] *Id.*, l. XI, c. VI.

Digitized by Google

mot gouvernement à la puissance exécutive : c'est le sens qui a été en général adopté dans les États constitutionnels.

Mais si c'est un mérite de J. J. Rousseau d'avoir défini avec précision une expression si importante de la langue politique, il se crée par là même des difficultés particulières dans la théorie de la division des gouvernements. Lorsque l'on parle en effet des différentes espèces de gouvernement, on ne prend plus ce mot dans le sens étroit de pouvoir exécutif : mais on entend distinguer les différentes constitutions politiques : or, les constitutions ne règlent pas seulement la forme du pouvoir exécutif, mais aussi du législatif, et quoiqu'en principe ce dernier pouvoir soit l'attribut du peuple, il peut bien, dans la pratique, appartenir soit à un roi, soit à un corps de nobles, soit à une partie du peuple seulement, et il faut tenir compte de ces différences dans la division des gouvernements. Mais Rousseau, pour ne pas abandonner un seul instant sa définition, ne distingue les gouvernements des uns des autres que par la constitution du pouvoir exécutif : ce qui le conduit à des définitions arbitraires, et contraires à toutes les habitudes de la science et de la langue. Par exemple, d'après sa définition, le gouvernement des États-Unis serait une monarchie, puisque le pouvoir exécutif y appartient à un seul : d'aristocratie selon ses principes, je n'en connais guère : car je ne vois pas d'Etat, où le peuple ayant la puissance législative, un sénat est chargé de l'exécution des affaires ; à Rome, le sénat partageait avec le peuple le pouvoir législatif. Quant à la démocratie, comme Rousseau la définit, c'est-à-dire un gouvernement où le peuple tout entier est législateur et magistrat, il serait impossible d'en trouver aujourd'hui aucun exemple dans le monde ; et dans l'antiquité, Athènes est la seule république qui répondrait, et encore imparfaitement, à la définition.

Le gouvernement étant défini la puissance exécutive, comment s'établit-il, et de quelle nature est l'acte qui en détermine l'institution ? Selon quelques publicistes, Hobbes et Locke, par exemple, l'institution du gouvernement est un contrat. L'idée d'un tel contrat, selon Rousseau est contradictoire. Le souverain ne peut se donner un maître : il ne peut se laisser imposer aucune condition : sa volonté reste pleine et entière après comme avant l'institution du gouvernement : ce n'est donc point un contrat : car par un contrat, les deux parties sont engagées : « D'où il ré-« sulte, que l'acte qui institue le gouvernement n'est point un

Digitized by Google

« contrat, mais une loi ; que les dépositaires de la puissance exé-
« cutive ne sont point les maîtres du peuple, mais ses officiers,
« qu'il peut les établir et les destituer quand il lui plaît, qu'il
« n'est point question pour eux de contracter, mais d'obéir [1]. »

Il est vrai de dire que le souverain ne peut pas traiter avec le gouvernement d'égal à égal, et qu'il lui demeure toujours supérieur. Mais n'est-ce pas trop que d'avancer qu'il n'y a nul engagement du peuple au gouvernement ? Sans doute, le souverain peut tout ce qu'il lui plaît : mais lorsqu'il institue un gouvernement ne s'engage-t-il pas implicitement à le maintenir, tant que le gouvernement sera de son côté fidèle aux conditions qui lui sont prescrites ? En outre, si le souverain, en tant que souverain, n'aliène jamais sa volonté, et ne peut se soumettre à ses officiers, ne doit-il pas comme peuple, s'engager à l'obéissance envers les chefs qu'il institue ? Si le gouvernement est un moyen terme entre le souverain et les sujets, le gouvernement ne s'engage envers le souverain, qu'à la condition que les sujets s'engagent envers lui. Sans ce second engagement, l'ordre de la république est compromis : les sujets abusant de leur qualité de souverain, pour méconnaître l'autorité du gouvernement, usurpent eux-mêmes cette autorité et le contrat social est dissous.

Demandons maintenant à l'auteur du *Contrat social* son avis sur le meilleur des gouvernements. On est sur ce point assez injuste envers J. J. Rousseau. On le considère souvent comme un logicien intraitable, ennemi du possible, ignorant des faits, partisan opiniâtre et aveugle d'une forme particulière, la pure démocratie, et prétendant imposer à tous les États petits ou grands, anciens ou nouveaux, sans considérer leurs mœurs et leurs besoins, le gouvernement de Genève. Une lecture sérieuse du *Contrat social* détruit ces imputations. L'auteur sait bien quelle part doit avoir l'expérience dans les établissements politiques, et que les gouvernements ne doivent pas être seulement bons en eux-mêmes, mais bons selon les circonstances. Voici plusieurs passages décisifs : « On
« a de tout temps beaucoup disputé sur la meilleure forme de gou-
« vernement, sans considérer que chacune d'elles est la meilleure
« en certains cas, et plaire en d'autres [2]... En général, le gouverne
« ment démocratique convient aux petits États, l'aristrocratique
« aux médiocres, le monarchique aux grands. Mais comment

[1] *Cont. soc.*, l. III, c. XVIII.
[2] *Id.*, l. III, c. III.

Digitized by Google

« compter la multitude des circonstances qui peuvent fournir des « exceptions[1]?... Lequel vaut mieux d'un gouvernement simple « ou d'un gouvernement mixte? Question fort agitée chez les poli- « tiques, et à laquelle il faut faire la même réponse que j'ai faite ci- « devant sur toute forme de gouvernement[2]... Quand on demande « quel est le meilleur des gouvernements, on fait une question « insoluble, comme indéterminée, ou, si l'on veut, elle a autant « de solutions qu'il y a de combinaisons possibles dans les posi- « tions absolues et relatives des peuples[3]. » Sont-ce là les paroles de ces politiques à courte vue, qui, parce qu'il n'y a qu'une seule vérité abstraite, ne comprennent pas qu'il peut y en avoir mille applications, selon la variété infinie des choses et des hommes? Rousseau lui-même, lorsqu'il eut à donner son avis sur le gouvernement de Pologne, se garda bien de vouloir appliquer de vive force à cet infortuné pays, les maximes du *Contrat social :* mais il chercha autant qu'il put, dans les circonstances, dans les mœurs, dans les traditions, d'ingénieux mais impuissants remèdes à une situation irremédiable.

Mais comme il est difficile à Rousseau de se tenir ferme à une vérité une fois saisie, sans tomber dans la contradiction ou l'exagération, nous allons voir reparaître le disciple aveuglé des législateurs de l'antiquité, le citoyen rétrograde de Sparte, d'Athènes ou de Rome. Il dit d'abord, ce qui est vrai, que la puissance législative étant le cœur de l'État, il faut des assemblées régulières et périodiques, pour que l'autorité du souverain ne s'oblitère pas dans le silence : mais il ajoute : « A « l'instant que le peuple est légitimement assemblé en corps « souverain, toute juridiction du gouvernement cesse, la puis- « sance exécutive est suspendue, et la personne du dernier « citoyen est aussi sacrée et inviolable que celle du premier ma- « gistrat, parce que où se trouve le représenté, il n'y a plus de « représentants[4]. » Voltaire, qui cite ce passage, dit très-bien : « Cette proposition serait pernicieuse, si elle n'était d'une faus- « seté et d'une absurdité évidente. Lorsqu'en Angleterre, le « parlement est assemblé, nulle juridiction n'est suspendue ; et, « dans les plus petits Etats, si, pendant l'assemblée du peuple, il

[1] *Cont. soc.*, l. III, c. VII.
[2] *Id.*, l. III, c. VII.
[3] *Id.*, l. III, c, IX.
[4] *Id.*, l. III, c. XIV.

Digitized by Google

« se commet un meurtre, un vol, le criminel est, et doit être « livré aux officiers de la justice. Autrement, une assemblée de « peuple serait une invitation solennelle au crime [1]. » Non-seulement cette maxime est contraire à la vérité, puisqu'il n'y a plus d'ordre public possible avec elle; mais on ne voit pas même comment elle s'accorde avec les principes du contrat social. En effet, la fonction du gouvernement étant distincte de celle du souverain, comment la convocation du souverain suspendrait-elle l'action du gouvernement, à moins que le souverain ne prenne lui-même le gouvernement en mains, ce qui est contraire à la doctrine. Que si chaque citoyen est inviolable comme membre du souverain, il ne l'est pas comme individu. Le gouvernement est subordonné au souverain tout entier ; mais il est supérieur à chacun des sujets en particulier.

Ce n'est pas tout : quand Rousseau parle du peuple assemblé, il l'entend à la lettre, et n'imagine pas d'autres assemblées du peuple, que celles des républiques anciennes, où l'on votait dans les rues et sur les places publiques : et il dit naïvement : « Qu'on « juge de l'embarras que causait quelquefois la foule par ce qui « arriva du temps des Gracques, où une partie des citoyens don- « nait son suffrage de dessus les toits [2]. » On ne voit pas ce qu'une telle confusion devait ajouter de dignité et de lucidité aux délibérations du souverain. Mais Rousseau repousse de toutes ses forces le seul moyen dont puissent disposer les peuples modernes pour exercer leur souveraineté, je veux parler du système de la représentation. Il part de ce principe que la souveraineté ne peut pas être représentée parce qu'elle ne peut pas être aliénée : « Elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la « volonté ne se représente point; elle est la même ou elle est « autre, il n'y a point de milieu [3]. » Ce sont là des abstractions. La volonté, en soi, est incommunicable, il est vrai : mais pourquoi n'aurait-elle pas d'interprète? Rousseau dit : « Il n'est « point impossible qu'une volonté particulière s'accorde sur « quelque point avec la volonté générale, il est impossible au « moins que cet accord soit durable et constant. » Il est vrai qu'il n'y a rien d'absolu dans les choses humaines : mais en politique on doit se contenter d'approximations. Ainsi, il y aura

[1] Voltaire, *Politique et législation. Idées républicaines*, XXXII.
[2] *Contrat social*, l. III, c. XV.
[3] *Id.*, l. III, c. XV.

Digitized by Google

un suffisant accord entre le représenté et le représentant, si la représentation est fréquemment renouvelée par des élections périodiques. Rousseau prétend que le système représentatif vient du gouvernement féodal. Cela n'est pas, la représentation a son origine dans la nature des sociétés modernes, essentiellement laborieuses, et dans la grandeur des États : les États anciens très-petits, et composés d'hommes de loisir n'avaient que faire de représentants, Rousseau le reconnaît lui-même : « Chez les Grecs, « dit-il, tout ce que le peuple avait à faire, il le faisait par lui-« même, il était sans cesse assemblé sur la place, il habitait un « climat doux ; il n'était point avide ; des esclaves faisaient ses « travaux : sa grande affaire était la liberté [1]. » Rousseau est évidemment sous le prestige, quand il parle des républiques anciennes. Il trouve admirable ces cités où la liberté de quelques-uns reposait sur la servitude du plus grand nombre, et pour rester fidèle à sa théorie abstraite de la volonté incommunicable, il met en péril un principe bien plus grand, celui de la liberté personnelle : « Quoi ! dit-il, la liberté ne se maintient qu'à l'ap-« pui de la servitude ? peut-être, les deux excès se touchent. « Tout ce qui n'est point dans la nature a ses inconvénients, et « la société civile plus que tout le reste. Il y a telles positions « malheureuses où l'on ne peut conserver sa liberté qu'aux dé-« pens de celle d'autrui, où le citoyen ne peut être parfaitement « libre, que l'esclave ne soit parfaitement esclave. Telle était la « position de Sparte. Pour vous, peuples modernes, vous n'avez « point d'esclaves, mais vous l'êtes ; vous payez leur liberté de « la vôtre. Vous avez beau vanter cette préférence : j'y trouve « plus de lâcheté que d'humanité [2]. » Ce morceau est un modèle de fausse déclamation et de fanatisme inintelligent. Rousseau ne comprend point l'esprit des sociétés modernes : il ne voit que des citoyens rassemblés sur la place publique, livrés à la seule affaire de la liberté. Mais la liberté n'est rien par elle-même ; elle n'est que la garantie des autres droits : elle n'est que l'assurance que l'on remplira, sans rien craindre, les fonctions attribuées à l'homme : l'une de ces fonctions est le travail. Une vraie société est une société qui travaille. La société antique, où quelques-unes jouissaient en repos du loisir que leur faisait le

[1] Voltaire, *Contrat social*, l. III, c. xv.
[2] *Id.*, l. III, c. xv.

Digitized by Google

travail du plus grand nombre, était une société dans l'enfance. Mais si chacun travaille, comment peut-on faire à la fois ses propres affaires et celles de l'État? D'ailleurs, Rousseau se répond à lui-même : « On ne peut imaginer, dit-il dans un autre passage, « que le peuple fût incessamment assemblé pour vaquer aux « affaires publiques[1].» Il faut donc des représentants. Il en faut encore pour une autre raison, c'est que les intérêts des peuples modernes étant très-compliqués, les lois y sont très-difficiles à faire, et demandent par conséquent une certaine aptitude : mais ce nouveau point de vue nous entraînerait trop loin.

Il reste une dernière question qu'aucun politique ne peut éluder: celle des rapports de la religion et de l'État. C'est le dernier chapitre, et le plus faux du *Contrat social*[2]. Rousseau paraît y adopter toutes les maximes de Hobbes. Car, tout en disant que le droit du souverain sur les sujets, ne passe point les bornes de l'utilité publique, et que toutes les opinions qui ne se rapportent point aux devoirs des citoyens sont libres ; il soutient en même temps que ces devoirs ne peuvent se séparer de certains dogmes fondamentaux, admis par toutes les Eglises, quoique n'appartenant exclusivement à aucune. Or, c'est au souverain qu'il appartient de décider quels sont ces dogmes : « Il y a donc une profession de foi « purement civile dont il appartient au souverain de fixer les ar- « ticles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais « comme sentiments de sociabilité, sans lesquels il est impossible « d'être bon citoyen, ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger per- « sonne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les « croit pas : il peut le bannir, non comme impie, mais comme « insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les lois, la « justice, et d'immoler au besoin sa vie à son devoir. Donc si « quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dog- « mes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de « mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant « les lois. » Ce sont là les maximes de l'Inquisition. La distinction de Rousseau entre les dogmes fondamentaux et les opinions particulières est vaine. Il n'y a point de culte qui ne considère toutes les opinions comme des dogmes fondamentaux. Il n'y a donc pas de raison de fixer ici ou là la limite. Si l'Etat a le droit de bannir ou de punir de mort celui qui ne croit pas à l'immortalité

[1] Voltaire, *Contrat social*, l. III, c. IV.
[2] *Id.*, l. IV, c. VIII.

Digitized by Google

de l'âme, pourquoi n'aurait-il pas le même droit contre celui qui nie la présence réelle? La révocation de l'édit de Nantes est parfaitement conséquente à ces principes. On ne fait pas sa part à l'intolérance. Rousseau, en écrivant ces paroles, a laissé à Voltaire le beau rôle de défendre la liberté religieuse et le droit des opinions.

Telles sont les principales théories du *Contrat social*, ouvrage plus rigoureux en apparence qu'en réalité. L'auteur y est continuellement partagé entre deux systèmes : celui qui livre tout à l'Etat, personnes et biens, et celui qui met hors de la communauté les droits naturels des personnes. C'est à vrai dire au premier que tendent tous ses principes. Mais il serait injuste de lui imputer à lui seul, comme on le fait souvent, la responsabilité de cette doctrine. La suprématie absolue de l'Etat a été le dogme commun de presque tous les politiques avant J. J. Rousseau. Je ne parle pas de l'antiquité où l'autorité de l'Etat était si grande[1]. Dans les temps modernes, croit-on que les publicistes aient tout d'abord reconnu et accepté ce principe, qui nous est aujourd'hui si familier du droit individuel et personnel opposé à la volonté absolue de l'Etat. Dans le système de Hobbes, il n'y a de liberté que celle que le souverain donne : c'est ce qu'il appelle la liberté innocente. Spinosa n'hésite pas davantage à attribuer au souverain une autorité sans limites. Quant à Bossuet, on sait que tout son livre sur la politique de l'Ecriture sainte a pour objet d'établir le pouvoir absolu, et même le pouvoir absolu d'un monarque : Bossuet trouvait l'esclavage un état juste et raisonnable, et il ne reconnaissait pas le droit naturel de la propriété. On a prétendu trouver dans le *Contrat social* la théorie même du communisme : Que dira-t-on de ce passage de Bossuet : « Otez le gouvernement, la terre et « tous ses biens sont aussi communs entre les hommes que l'air « et la lumière... Selon ce droit primitif de la nature, nul n'a « de droit particulier sur quoi que ce soit, et tout est en proie « à tous... Du gouvernement est né le droit de propriété, et en « général *tout droit vient de l'autorité publique?* » C'est la théorie même du contrat social.

[1] Il est inutile de prouver que dans la *Politique* de Platon, l'État était tout, et l'individu rien. On sait assez que c'est là le système de la *République*. Mais Aristote qui accorde beaucoup plus en fait à l'individu, n'ôte rien en principe,

Digitized by Google

En réalité, Rousseau n'est pas plus communiste dans le *Contrat social*[1], que Bossuet dans sa *Politique:* en attribuant à l'Etat l'origine du droit de propriété, et de tous les droits, ils n'ont voulu ni l'un ni l'autre nier ces droits en aucune façon, mais ils ont cru en donner une explication suffisante et légitime. Il est injuste de juger certains écrits par les conséquences, inconnues de l'auteur, qui peuvent en être déduites par une logique habile. Nous savons aujourd'hui parfaitement ce que contient cette thèse de la souveraineté absolue de l'Etat. Mais on l'ignorait au dix-huitième siècle. Rousseau même est un des premiers qui ait eu le pressentiment des dangers de cette thèse : nous avons vu tous les retours de sa pensée, et les artifices involontaires par lesquels il essaie de restreindre la doctrine absolue qu'il a d'abord posée : nous l'avons vu combattre Hobbes et Grotius par ce principe, qui est l'opposé même du communisme, le droit inaliénable de la liberté. C'est l'école politique et économique sortie de la révolution d'Angleterre, c'est Locke et Adam Smith, qui ont eu l'honneur de défendre et de mettre en lumière, peut-être même avec excès, le principe du droit individuel[2].

Je n'admets pas non plus que l'on confonde le système de Rousseau avec celui de Hobbes, sous prétexte que l'un et l'autre admettent un état de nature, et font cesser cet état de nature par l'aliénation volontaire de chaque particulier à l'Etat et au souverain. Car en retour de cette aliénation qu'est-ce que nous promet le philosophe anglais ? La paix et rien de plus : de droits, il n'en est plus question : et quant aux biens, il n'est point suivant lui de maxime plus séditieuse que de soutenir que le sujet a la propriété de ses biens[3]. Au contraire lorsque

au droit de l'État : « C'est une grave erreur, dit-il, de croire que chaque citoyen est « maître de lui-même. »

[1] On ne peut pas nier cependant que les attaques imprudentes et passionnées du *Discours sur l'inégalité* contre la propriété n'aient eu une grande influence par la suite sur les sectes communistes. Mais pour être juste, il faut observer que le *Contrat* est postérieur au premier ouvrage, et a beaucoup plus d'autorité.

[2] Je dis avec excès. Car l'ouvrage de Locke sur le gouvernement civil, paraît avoir pour principal objet de démontrer le droit d'insurrection : droit mystérieux, qu'il faut bien reconnaître dans ses effets, mais dont il est périlleux de déterminer *à priori* la formule. Quant à Ad. Smith, il réduit tellement le rôle de l'État, qu'il n'en fait guère qu'un simple agent de police.

[3] Hobbes, *de Civ.*, sect. 2, c. XII, § 7.

Digitized by Google

Rousseau réclame de chacun l'aliénation absolue de ses droits, il est évident qu'à ses yeux cette aliénation est seulement provisoire, et il entend que l'Etat restituera à chacun ces droits mêmes, fortifiés par la garantie publique. Ce n'est donc point dans l'intérêt du despotisme de l'Etat, qu'il demande cet échange du droit naturel contre le droit civil, mais dans l'intérêt de la liberté. Il a cru garantir d'autant mieux la liberté de chaque citoyen, qu'il ôtait davantage à l'indépendance naturelle ; et comme en fait, il ne peut y avoir de recours contre l'Etat que si l'Etat y consent lui-même, il a pu croire qu'il en était ainsi en droit. Nous avons fait voir l'illusion d'un tel système : mais il ne faut pas confondre toutes les doctrines pour d'apparentes analogies.

Il reste enfin du *Contrat social* une grande vérité, de plus en plus acceptée par l'opinion : c'est que chaque peuple est une personne qui s'appartient à soi-même, qui a le gouvernement de ses destinées et qui transmet à qui il lui plaît, et dans la forme qui lui plaît, le soin de le diriger. C'est le principe de la souveraineté du peuple, que l'on a opposée à tort à la souveraineté de la raison : car ces deux principes peuvent se concilier parfaitement. La liberté n'ôte rien à la responsabilité, ni le droit au devoir. Un peuple peut, à vrai dire, tout ce qu'il veut : mais il ne doit pas tout vouloir; et si c'est son droit d'agir à sa fantaisie, son devoir est d'être raisonnable. C'est là le vrai sens de la souveraineté de la raison. Mais si l'on entend par ces mots la souveraineté des plus raisonnables, je demande que l'on fixe la limite des plus raisonnables : on ne peut le faire sans exclure arbitrairement un certain nombre d'hommes du partage de la raison : ce qui est absurde. Je ne veux pas dire au reste que dans la pratique, il ne faille pas considérer la capacité des personnes. Il y a deux politiques comme deux géométries; l'une pure, l'autre appliquée: l'une ne regarde qu'au vrai, l'autre y ajoute une seule petite chose, mais indispensable : le possible. De ce qu'un principe est vrai il ne faut pas conclure qu'il soit applicable ; mais de ce qu'il n'est pas applicable il ne faut pas conclure qu'il n'est pas vrai. Car une formule de mécanique ne cesse pas d'être vraie, parce que les frottements des machines ne permettent pas de l'appliquer à la rigueur.

PAUL JANET.

Digitized by Google

ÉTUDES CRITIQUES

SUR LES ORIGINES ROMAINES DU DROIT FRANÇAIS.

Par M. Gabriel Demante, professeur suppléant à la faculté de droit de Toulouse.

I. *Du privilége du vendeur.*
II. *De l'action en résolution de la vente.*
III. *De la prescription du tiers-détenteur contre l'action en résolution. — Observations sur trois arrêts de la Cour de cassation.* (Req. 12 janvier 1832. Dev., 32, 1, 81. — D. P. 32, 1, 81. — Civ.-Rej., 8 février 1836. Dev., 36, 1, 496. D. P. 36, 1, 99. — Cassat. 4 mai 1846, Dev., 46, 1, 482. — D. P. 46, 1, 255. — Pal., 46, 2, 25).

Les antiquaires recueillent avec amour les médailles et les pierres frustes, dont les débris portent sur les temps passés un témoignage souvent plus irrécusable que toutes les narrations des historiens. Un enseignement analogue peut, ce me semble, résulter en jurisprudence de certaines locutions vulgaires, tout à fait impropres si on les soumet à l'analyse des principes modernes, mais qui n'en sont pas moins des monuments curieux de l'ancien droit.

A Toulouse, à l'heure qu'il est, on emploie constamment dans la pratique cette locution *faire un placement sur précaire;* on entend par là un placement par subrogation à un privilége de vendeur. A l'étudier d'une manière absolue, rien n'est plus impropre que cette locution, car par une bizarre antithèse c'est le placement le mieux assuré de tous qui se trouve ainsi qualifié de *précaire!* Mais l'histoire du droit rend aisément raison de cette locution, mise en usage par nos anciens jurisconsultes des pays de droit écrit. Recherchons donc comment la convention de précaire, ajoutée à la vente, a fini par engendrer le privilége du vendeur.

I. — Le privilége du vendeur n'existait pas en droit romain, c'est un point constant entre les romanistes; pourtant c'est du droit romain que le privilége du vendeur tire son origine et ce n'est pas sans raison que le langage vulgaire du midi de la France en témoigne encore aujourd'hui. Voilà ce que je dois expliquer.

Le droit romain distingue nettement le contrat de vente, qui engendre des obligations, et la tradition, qui engendre la propriété. La vente, étant la cause de la tradition, est bien la cause médiate de l'acquisition de la propriété, mais par elle-même et directement elle n'a aucune efficacité quant à cette acquisition;

Digitized by Google

en un mot, le vendeur reste propriétaire de la chose vendue jusqu'après la tradition. Cela étant, le vendeur a un moyen facile d'assurer le paiement du prix, c'est de vendre au comptant et de ne livrer la chose qu'en retour de la numération des espèces [1]. Dans l'intervalle entre la vente et la tradition, il n'a nul besoin d'un privilége sur la chose vendue, puisqu'il conserve sur cette chose le droit complet, entier, absolu, le droit qui absorbe tous les autres, le droit de propriété.

Ce remède est topique assurément, mais il est quelque peu grossier : il rappelle cette précaution, trop longtemps suivie dans nos bibliothèques publiques, de ne point allumer de feu par crainte de l'incendie. Il est clair que la vie civile ne peut exister sans crédit; voyons donc ce qui se passait dans les ventes à crédit.

Si la vente est faite à crédit, le vendeur devient un créancier pur et simple et n'a aucune action personnelle contre l'acheteur pour le forcer au paiement du prix. Il a suivi la foi de l'acheteur, il a eu confiance en lui; qu'il n'accuse que lui-même si cette confiance a été mal placée : le crédit ne va pas sans risques.

Ainsi vente au comptant, ou vente à crédit sans aucune garantie *réelle*, attachée de plein droit à la qualité de la créance, voilà, à ce qu'il semble, le point de départ de la théorie romaine.

Mais ce point de départ n'est vraiment qu'une abstraction de notre esprit, comparable au chimérique *état de nature* de J. J. Rousseau. Si je l'indique, c'est pour bien accuser le contraste des deux situations extrêmes : la vente au comptant et la vente à pur crédit. Cet état de choses répugne trop aux notions instinctives du sens commun, pour avoir jamais subsisté d'une manière générale [2], et, en fait, un tempérament y fut très-anciennement [3] apporté au moyen de la convention de précaire.

Voici comment on procèda :

[1] Ulp., l. XIII, § 8, D., *de act. empti* (XIX, 1).

[2] Je parle en général et principalement en vue des immeubles. En matière de vente commerciale, le crédit *réel* est encore aujourd'hui à peu près nul. *V.* art. 550, 574 et s. du Code de commerce.

[3] *V.* § 41, J. *de rer. div.* (II, 1) et Théophile sur ce texte. Le témoignage de Justinien, en ce qui concerne la disposition de la loi des 12 tables, n'a pas une grande valeur, car il n'est confirmé par aucun monument antérieur du droit (*V.* Schvader sur ce texte). Dirksen fait figurer le texte de Justinien dans sa restitution de la loi des 12 tables (tab. 7, dans le *Recueil* de M. Blondeau, t. II, p. 69), et son annotateur en rapproche le passage sui-

Digitized by Google

Le vendeur eut soin de remettre seulement à l'acheteur la possession *précaire* de la chose [1]; de cette façon, il en conservait indéfiniment la propriété et même la possession *civile* [2]. Propriétaire, il pouvait la revendiquer envers et contre tous; il avait de plus, à l'encontre de l'acheteur, la ressource plus expéditive d'un moyen possessoire, l'interdit de *precario* [3]. Or, comme le précaire résultait de la seule volonté des parties, conséquemment d'une volonté même tacite, cette convention, qui répondait si bien aux sentiments instinctifs des contractants, dut être aisément suppléée par le juge de l'action *venditi* [4] et l'usage s'établit de la présumer toujours, sauf à l'acheteur la preuve du contraire [5].

Cela posé, si l'on examine au fond la situation juridique des parties relativement à la chose vendue, antérieurement au paiement du prix, on ne la trouve pas très-différente effectivement, en droit romain, de ce qu'elle est aujourd'hui en droit français. La différence est plus dans la forme que dans le fond.

D'après la formule romaine, le vendeur reste propriétaire et l'acheteur n'est qu'un possesseur précaire. D'après la formule moderne, le vendeur n'est qu'un créancier... Oui, mais un créancier *privilégié!* L'acheteur est propriétaire... Oui, mais un proprié-

vant de Festus : «*Sub vos placo* in precibus fere quum dicitur significat id quod « supplico, ut in legibus : *transque dato, edendoque plorato.* » Ce rapprochement semble indiquer l'usage du précaire dès l'époque de la loi des 12 tables, mais ce rapprochement est assez divinatoire.

Tant que la *mancipation* a été usitée comme vente sérieuse, le paiement du prix faisait partie intégrante de l'opération translative de propriété; c'est là peut-être tout ce qui a entretenu le souvenir de la loi des 12 tables en cette matière.

Quoi qu'il en soit, l'antiquité indéfinie du précaire et l'intervention de cette convention dans la vente résulte suffisamment des fragments des jurisconsultes cités plus loin.

[1] Ulp., l. XIII, § 21, D. *de act. empti* (XIX, 1), l. XX, D. *de precario* (XLIII, 26), l. XI, § 12, D. *quod vi aut clam* (XLIII, 24).

[2] Paul, l. III, § 5, D. *de adq. possess.* (XLI, 2). *V.* M. de Savigny, *Possession*, § XI.

[3] Sur l'utilité particulière de cet interdit spécial, *V.* Ulp., l. II pr. l. VIII, § 3 et § 7, D. *de precario* (XLIII, 26), M. de Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* (édition de 1848), t. III, § 691, sect. III, nos 1 et 2, et la note 12 ci-dessous.

[4] Ulp., l. XXXI, § 20 *in fine*, D. *de ædil. ed.* (XXI, 1).

[5] Pomp., l. XIX, D. *de contr. empt.* (XVIII, 1), Gaius, l. LIII *eodem*, Inst., § 41, *de rer. div.* (II, 1). Cette solution découle implicitement de ces textes, Pothier l'indique comme incontestable (*de adq. rer. dom.*, XLI, 1, no 60).

Digitized by Google

taire qui ne peut complétement disposer de sa chose, puisqu'elle demeure affectée *réellement* au privilége de son vendeur! Le parallèle devient encore plus frappant si l'on entre un peu plus avant dans l'analyse de la situation du possesseur précaire par rapport à la chose concédée.

En général, le possesseur a l'*usage* et la *jouissance* de la chose concédée [1], en cela il est aussi bien traité que le propriétaire de la chose hypothéquée. Sa possession, d'ailleurs, n'est pas de pur fait, elle constitue un état juridique, protégé par le magistrat envers et contre tous, sauf une seule personne, celui qui lui a fait la concession [2]. Mais la durée de sa jouissance est laissée complétement à la merci du concédant, et cette faculté de révocation arbitraire est tellement essentielle au précaire, qu'une convention expresse n'y pourrait déroger [3]; en cela le possesseur précaire diffère grandement du propriétaire de la chose hypothéquée. Toutefois, dans notre hypothèse, cette déduction de l'essence du précaire se trouve écartée par la combinaison des principes de la vente. En effet, l'acheteur, possesseur précaire, a une double qualité; s'il est possesseur précaire de la chose vendue, il est en même temps créancier de cette même chose. Par conséquent, tant que le terme du paiement n'est pas échu, le vendeur serait bien fou de réclamer d'une main par l'interdit *de precario*, ce qu'il serait obligé de livrer de l'autre sur l'action *empti* [4].

La clause de précaire fut universellement reçue dans notre ancienne pratique française; non-seulement elle passa dans le style des notaires, mais même elle fut toujours présumée dans le silence des parties [5]. Jusque-là la pratique française ne s'écarta pas

[1] Ulp., l. VIII, § 4, D. *de prec.* (XLIII, 26) et l. XIII, § 21, D. *de act. empti* (XIX, 1).

[2] Gaius, l. IV, 150. Paul *sentent.* V, 6, § 1. — Ulp. l. I pr. D. *Uti possid.* (XLIII, 17).

[3] Cels., l. XII, D. *de prec.* (XLIII, 26).

[4] Ulp., l. XX, D. *de prec.* (XLIII, 26) : « Ea quæ distracta sunt ut precario « penes emptorem essent quoad pretium universum persolveretur, *si per « emptorem steterit quominus persolveretur*, venditorem posse consequi. » Cette observation a échappé à Catellan, lorsqu'il fait ressortir la différence, d'ailleurs véritable, du précaire romain et de la clause précaire d'après la jurisprudence des pays de droit écrit. *V.* Catellan, *Arrêts remarquables du parlement de Toulouse*, liv. VII, ch. v.

[5] Dolive, liv. IV, ch. x. — Catellan, liv. VII, ch. v. — Serres sur le § 41, Inst. *de rer. div.* (II, 1).

Digitized by Google

des principes purs du droit romain [1], mais on alla plus loin dans les effets attribués à cette clause. « Aujourd'hui, nous dit « Despeisses [2], cette clause n'empêche pas la translation de la « propriété et n'opère qu'une hypothèque spéciale et privilégiée, « en vertu de laquelle le vendeur a droit de faire vendre la chose « *sur laquelle il a ledit précaire.* » Tel est le langage unanime des jurisconsultes des pays de droit écrit. Chez eux, le mot *précaire* désigne l'hypothèque privilégiée du vendeur, et c'est en ce sens que nous trouvons ce mot encore aujourd'hui usité à Toulouse et, sans doute aussi, dans les autres pays de droit écrit [3].

Les jurisconsultes coutumiers furent plus francs; ils abandonnèrent le mot *précaire* en ce sens et dirent plus simplement que, par une innovation du droit français, le vendeur a une hypothèque tacite sur le bien vendu [4].

Observons enfin qu'en droit romain l'exercice de la revendication ou de l'interdit *de precario* par le vendeur laisse subsister le contrat de vente, et qu'après avoir recouvré la possession de sa chose, le vendeur peut encore agir contre l'acheteur par l'action personnelle *ex vendito* pour le forcer à en prendre livraison au prix convenu; comme aussi l'acheteur, en offrant le prix, a encore le droit de réclamer la chose par l'action *ex empto* [5].

[1] *V.* la note 8 ci-dessus.

[2] Despeisses, tit. I, sect. 6, n° 19.

[3] *V.* Despeisses, Catellan et Serres *loc. cit.* Quant à l'usage actuel, outre la notoriété constante, je puis citer l'annonce suivante, insérée dans le journal *l'Aigle* du 18 février 1854 (n° 1721) : « Placement par *précaire* (sou- « ligné dans l'original) et première hypothèque, » etc.

[4] Pothier, *de l'hypothèque*, ch. I, sect. 1, art. 3 : « La loi seule, en cer- « tains cas, donne une hypothèque au créancier sur les biens du débiteur... « Cette hypothèque est appelée tacite... Telle est celle que le vendeur d'un hé- « ritage a sur cet héritage pour le prix qui lui est dû. Les lois romaines ne « donnaient pas cette hypothèque au vendeur, elle est de notre droit. » Le sens attribué au mot *précaire* par les jurisconsultes des pays de droit écrit n'est indiqué nulle part par Pothier (*V.* la table analytique de l'édition Dupin, v° *Précaire*) ni par Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Précaire*. Il est tout à fait inusité dans la pratique de Paris et ce n'est pas sans étonnement que j'ai appris sa persistance dans le langage des praticiens du midi. Au fond, il n'est pas étonnant que la convention de précaire, ajoutée à la vente, ait engendré l'hypothèque privilégiée du vendeur, en droit français, puisque le précaire, ajouté à la vente à réméré, puis au contrat de gage, a engendré l'hypothèque, en droit romain.

[5] C'est à tort que Despeisses (Tit. I, sect. 6, n° 19) rattache cette solution à l'innovation du droit français, suivant laquelle la clause de précaire n'em-

Digitized by Google

Pour arriver à l'origine de l'action en résolution, il nous faut étudier les principes du *pacte commissoire*.

II. — A Rome, les parties convenaient souvent que si le prix n'était pas payé dans un certain délai, la vente serait considérée comme non avenue[1]. Bien que fréquemment ajouté au contrat de vente, ce pacte n'y est pas présumé dans le silence des parties, c'est le vendeur qui en doit faire la preuve[2] ; en deux mots : il est *accidentel* au contrat de vente, mais il n'est pas de sa *nature*. Les textes du Code Justinien, qui démontrent cette proposition, témoignent à la fois des efforts incessants des vendeurs pour faire passer ce pacte dans la nature de la vente et de la résistence des empereurs à cette introduction.

En France, si l'on en croit Despeisses[3], la doctrine romaine se soutint longtemps, mais, au temps de Pothier, la lutte avait cessé dans la pratique, les efforts des vendeurs avaient triomphé : le pacte commissoire était toujours sous-entendu dans la vente. Seulement la jurisprudence française, en aggravant à ce point la position de l'acheteur, l'avait adoucie en ce sens que le pacte commissoire même exprès, était considéré comme une clause purement comminatoire, contre laquelle le juge pouvait, suivant les circonstances, accorder un délai à l'acheteur[4].

Quoi qu'il en soit, *accidentel* ou *naturel* à la vente, le pacte commissoire, simple modification du contrat, règle seulement les rapports des contractants entre eux et est de nul effet à l'égard des tiers. Nonobstant le pacte commissoire, si le vendeur fait la

pêche pas la translation de la propriété à l'acheteur. *V.* Ulp., l. XX, D. *de prec.* (XLIII, 26) et les textes du Code Justinien, cités à la note 20.

[1] Ulp., l. IV pr. D. *de lege commiss.* (XVIII, 3).

[2] Diocl. et Max., l. XII, C. *de rei vind.* (III, 32), l. IX, C. *de contr. empt.* (IV, 38) et l. XIV, C. *de resc. vendit.* (IV, 44). — Anton., l. I, Diocl. et Max., l. VI C. *de act. empti* (IV, 49). Ce dernier texte est surtout remarquable, il prouve que, sans convention expresse, la bonne foi seule peut conduire à la rescision de la vente, mais ce résultat ne se produira pas facilement « *non facile...* » Conférez Ulp., l. XXI, § 20 *in fine* D. *de œdil. ed.* (XXI, 1).

[3] Despeisses, tit. I, sect. 6, n° 19.

[4] Pothier, *vente* n° 475 et *obligations*, part. III, ch. VII, art. 2. — Le droit canonique paraît avoir été étranger au développement de la jurisprudence française sur la question qui nous occupe, parce qu'elle ne touche pas directement à la théorie de l'usure. Le corps du droit canonique ne statue sur le pacte commissoire que dans ses rapports avec le contrat de gage. *V. Decretal.* Greg. IX, C. 7 *de pignoribus* (III, 21). Conférez, le titre *de emptione et vendit.* (III, 17).

Digitized by Google

tradition sans réserve, la propriété passe à l'acheteur. L'acheteur, devenu propriétaire, aliène à son tour valablement et, la *commise* encourue, le vendeur n'a pas la revendication, il a seulement contre l'acheteur l'action purement personnelle *ex vendito*.

Mais le vendeur peut facilement éviter ce résultat en combinant avec le pacte commissoire la clause de précaire. Grâce à cette précaution, le vendeur, en cas de non-paiement, conserve l'exercice de la revendication et ainsi la résolution du contrat, la *commise*, réagit contre les tiers [1].

Voilà le résultat que le Code Napoléon a érigé en principe général (art. 1184, 1654, 2125, 2182), mais ce résultat n'est pas nouveau : de tout temps il avait pu se produire et, au temps de Pothier, il se produisait *de plein droit* par un développement tout à fait juridique des principes romains.

Cependant la formule scientifique a changé, on a écarté comme une vaine subtilité la clause de précaire, et, substituant à l'analyse romaine une théorie nouvelle, on a dit : Le contrat de vente transfère immédiatement à l'acheteur la propriété de la chose [2], mais à la condition de payer le prix. Tant que le prix n'a pas été payé, la propriété entre ses mains n'est que conditionnelle et, la condition venant à défaillir, la translation de la propriété est comme non avenue : l'acheteur est censé n'avoir jamais été propriétaire, tous les droits réels, conférés de son chef, s'écroulent par la base, et le vendeur, en vertu de l'effet rétroactif de la condition, reprend la chose comme s'il ne l'eût jamais aliénée.

La formule moderne est-elle préférable à l'ancienne ? La fiction de la rétroactivité de la condition est-elle moins subtile que la théorie du précaire ? Il est permis d'en douter. Quoi qu'il en soit, il y a un grand danger dans ces changements de formules qui rompent brusquement toutes les traditions juridiques. Les formules nouvelles contiennent souvent en germe des innovations dont le législateur n'a pas eu conscience, et qui, développées par

[1] Alex., l. III, C. *de pact. int. empt.* (IV, 54).

[2] Les articles 938 et 1138, C. N. n'innovent en rien quant au fond du droit, ils ne font que simplifier la formule scientifique d'un résultat admis depuis longtemps dans la pratique. *V.* M. Valette (*Revue de droit français et étranger*, t. III (1846), p. 781 à la note). — M. Marcadé sur les art. 998 et 1138 et dans la *Revue de législation*, t. I, de 1846, p. 285. — M. Hureaux (*Revue de droit français et étranger*, t. III (1846), p. 678, 775, 841, 897 et t. IV (1847), p. 89.)

Digitized by Google

les tribunaux, viennent porter le trouble dans les principes les mieux établis.

C'est ce qui est arrivé dans notre question, comme en tant d'autres [1], et ce qui me reste à démontrer.

III. — Si l'acheteur, avant le paiement du prix, revend la chose à un tiers, ce tiers peut-il se défendre contre la revendication du premier vendeur par la prescription [2] ?

Oui, disent les auteurs anciens et les auteurs modernes [3].

Oui, disent unanimement les anciens, parce que le tiers ne succède pas au vice de précarité qui entachait la possession du premier acheteur.

Oui, disent les modernes, parce que la prescription est suspendue seulement « à l'égard d'une *créance* qui dépend d'une « condition, jusqu'à ce que la condition arrive » (art. 2257), mais non pas à l'égard d'une action *réelle*, comme est aujourd'hui l'action en résolution du vendeur. Le texte est précis et les causes de suspension de la prescription ne se suppléent pas par voie d'analogie. Mais bien plus! l'analogie n'existe pas : le créancier conditionnel est dans l'impossibilité d'agir, tandis que rien n'empêche le propriétaire conditionnel de faire des actes conservatoires.

1 *V.* les exemples que j'ai déjà donnés dans cette *Revue*, t. II (1852), page 150, nº 21, et pages 558 et suiv.

2 Soit la prescription de dix ou vingt ans, soit la prescription de trente ans, suivant qu'il y a bonne ou mauvaise foi du possesseur. La question est la même, en droit, comme l'observent très-bien les annotateurs des arrêts de 1832 et 1836, cités au commencement de cet article. Mais comment le tiers acquéreur de mauvaise foi peut-il invoquer la prescription acquisitive de trente ans, sans que la créance du vendeur originaire soit elle-même éteinte par ce même délai de trente ans? Cela est facile à comprendre, en supposant que le premier acheteur a revendu la chose avant l'échéance du terme. Telle était l'espèce de l'arrêt du 8 février 1836.

3 *V.*, pour l'ancienne doctrine, Catellan, liv. VII, ch. v, Serres sur le § 13, Inst. *de usuc.* (II, 6); — Rousseau de la Combe vº *Prescription*, sect. 2, nº 6; — et le rapport de M. de Broé, avant l'arrêt du 12 janvier 1832. — Pour la doctrine moderne : MM. Toullier, t. VI, nºs 527 et 528; — Delvincourt sur l'art. 2257 ; — Persil sur l'art 2180, nº 36; — Grenier, *Hypothèques*, t. II, nº 518; — Proudhon, *Usufruit*, t. IV, nºs 2132 et s.; — Zachariæ, t. I, § 214, note 1; — Troplong, *Hypothèques*, t. IV nº 866 et *Prescription*, t. II, nºs 791 et 796; — Duranton, t. XI, nº 71, t. XX, nº 312 et t. XXI, nº 328; Fœlix et Henrion, *Rentes foncières*, nº 205; de Fréminville, *Minorités*, t. I, nº 440. *V.* toutefois Maleville sur l'art. 2257 et Vazeille, *Prescription*. nº 300.

Digitized by Google

Ainsi entre les auteurs anciens et les modernes il y a accord sur la solution du fond de la question, la disparité ne règne que sur les motifs de cette solution. Jusque-là la chose importe peu aux justiciables, mais voici qui est plus grave : la Cour de cassation a eu plusieurs fois à se prononcer sur la question. Or, tant qu'elle a suivi l'ancienne formule, elle a décidé, conformément à la doctrine des auteurs, que la prescription peut être invoquée par les tiers contre la revendication d'un vendeur non payé [1]. Du jour où, suivant la formule nouvelle, elle a considéré le droit de propriété comme pouvant être affecté d'une condition, l'analogie, établie par là entre l'obligation et la propriété, a entraîné la Cour à méconnaître l'esprit et le texte de l'art. 2257; ce que la loi dit restrictivement de la *créance* conditionnelle, la Cour de cassation l'a étendu à la *propriété conditionnelle*, renversant ainsi, par un argument d'analogie fort contestable, un des principes qui paraissent le mieux établis dans la science du droit [2].

Quels motifs peut-on invoquer pour cette innovation subreptice? Les motifs de raison et d'équité? Mais ces motifs porteraient trop loin, car ils iraient jusqu'à détruire dans son ensemble toute la théorie de la prescription. Est-ce l'esprit général du droit moderne qui nous fait écarter les principes reçus dans l'ancien droit? Mais, tout au contraire, le droit moderne tend à la publicité des droits réels et si l'action en résolution y échappe encore dans la plupart des cas [3], n'est-ce pas une raison de plus pour laisser subsister contre elle le remède extrême de la prescription!

On voit que ces études sur les origines de notre droit ne sont pas purement spéculatives et qu'elles peuvent avoir une véritable portée pratique. On se presse trop souvent d'écarter l'autorité

[1] Req. 12 janvier 1832 et civ.-rej. 8 février 1836. Les deux affaires étaient régies par l'ancien droit.

[2] Cassat., 4 mai 1846 : « Attendu qu'en supposant que la prescription décennale pût être invoquée par les tiers détenteurs, en vertu de l'art. 2265, « C. civ., cet article ni aucun autre n'affranchit cette sorte de prescription « des causes de suspension déterminées par l'art. 2257, *applicable à la prescription en général.* » Dans l'espèce de cet arrêt la condition résolutoire résultait d'une clause expresse, insérée dans une donation par contrat de mariage. Mais la question est la même, en droit, quand il s'agit de la condition résolutoire sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184, 1654 C. N.).

[3] *V.* art. 958, 1069 C. N., 717 C. Pr. (nouveau texte).

Digitized by Google

des anciens principes sous le facile prétexte que « *nous avons changé tout cela.* » Le changement bien souvent n'est qu'à la superficie ; mais en descendant au fond des choses, on trouve, en général, dans les rapports de la vie civile une continuité qui tient à la persistance des intérêts que le droit gouverne. Sans doute, les phénomènes juridiques ne sont pas tous, comme les phénomènes physiques, soumis à une loi immuable et nécessaire. Dans la société la loi elle-même peut changer, mais pour autoriser ce changement, il faut une promulgation expresse du législateur, ou tout au moins il faut que ce changement soit manifestement commandé par les mœurs du temps et du lieu. Rien de tout cela ne se rencontre dans la question proposée; le législateur n'a voulu y rien innover ; les mœurs, bien loin de commander l'innovation, la repoussent. Un simple changement dans la formule scientifique a entraîné la Cour suprême à une innovation considérable; et cette innovation n'est pas seulement contraire à la doctrine des auteurs anciens et modernes, elle est en contradiction avec les arrêts antérieurs de la Cour. Ce dernier point me paraît important à signaler, car si la discussion eût établi dans la cause de 1846 l'existence d'un rapport de droit identique à celui qui ressortait des faits jugés en 1832 et 1836, la Cour eût tout au moins motivé plus solidement qu'elle ne l'a fait, l'innovation consacrée par son dernier arrêt [1].

Ce n'est pas la première fois, au surplus, que les principes du droit romain sont rappelés avec quelque étendue à propos des questions vivantes qui s'agitent sur le privilége du vendeur et sur l'action en résolution.

Lors de la discussion du dernier projet de loi sur la réforme hypothécaire, dans le sein de l'Assemblée législative de 1850, la majorité de la commission avait conclu à la suppression de l'action en résolution « en tant qu'elle porterait préjudice aux créan« ciers inscrits, aux acquéreurs subséquents, ou à ceux qui ont « acquis des droits réels sur l'immeuble. » De graves considérations étaient invoquées à l'appui de ces conclusions ; on peut voir sur ce point le mémorable rapport de M. Vatimesnil [2]. Dans

[1] M. Gilbert, dont on a maintes fois signalé la remarquable exactitude, rattache les arrêts de 1832 et de 1836 à l'art. 2239 C. N. et l'arrêt de 1846 à l'art. 2257 ; d'après les notices des trois arrêts, il paraît s'agir de deux points de droit tout à fait différents.

[2] *V.* le *Moniteur* du 26 avril 1850, *appendice*, page 4, § 8.

Digitized by Google

la discussion, M. Michel (de Bourges) défendit avec force cette proposition de la commission, et, comme une autorité imposante, l'orateur invoquait la théorie romaine sur le pacte commissoire; pacte étranger à la nature du contrat de vente et de nul effet par rapport aux tiers, disait-il en substance. L'argument d'autorité paraît fondé tout d'abord, mais ce n'est pas dans son état purement théorique et abstrait, c'est à l'œuvre et dans son développement pratique qu'il faut apprécier une législation. Quelle que fût donc la valeur des motifs allégués par M. Michel (de Bourges), l'argument d'autorité se rétorquait contre lui; c'est ce que prouva victorieusement M. Valette. Avant d'aborder le fond de la discussion [1], le savant professeur rétablit en quelques paroles fermes et concises les vrais principes du droit romain. Or, telle est la force de la vérité et l'espèce d'éloquence qui suit toujours la clarté de l'esprit et la précision des paroles, que M. Valette sut faire écouter par l'Assemblée, avec un intérêt soutenu, l'exposition d'une thèse de droit romain.

Je signale cet exemple aux méditations des adversaires encore trop nombreux des études de droit romain. Personne n'ose conclure à la suppression complète de cet enseignement, mais plusieurs pensent qu'une vue générale et abrégée serait plus que suffisante pour l'étude d'une législation morte. A mes yeux, tout au contraire, il vaudrait mieux brûler tous les livres de droit romain que de les étudier d'une manière purement superficielle, et l'on peut dire avec vérité, que si un peu de droit romain nous éloigne de la vraie jurisprudence, beaucoup de droit romain nous y ramène.

GABRIEL DEMANTE.

[1] M. Valette soutenait un amendement de M. Rouher, garde des sceaux, qui maintenait le droit de résolution contre les tiers moyennant certaines conditions de publicité. L'amendement fut voté par 414 voix contre 255. *V.* le *Moniteur* du 18 décembre 1850.

Digitized by Google

QUESTIONS SUR LA POSSESSION.

Par M. Marcadé, ancien avocat à la Cour de cassation.

I. — Nous avions publié dans le tome III de cette Revue (p. 763), un article extrait de notre récent *Commentaire — Traité de la Prescription*, et combattant les solutions et argumentations données par M. Troplong sur diverses questions de possession, questions sur lesquelles le célèbre auteur nous avait paru (et nous paraît encore) avoir émis des idées inexactes. Depuis, M. Seligman, juge du tribunal civil de Chartres, s'est mis à discuter à son tour les idées de M. Troplong et les nôtres; et son travail, imprimé au tome précédent (p. 68), arrive, ou du moins semble arriver à ce résultat, qui nous a quelque peu surpris, que des nombreux points sur lesquels nous sommes en dissidence avec le savant président de la Cour suprême, il n'en est pas un seul sur lequel notre critique ne soit mal fondée : partout et toujours, aux yeux de M. Seligman, c'est M. Troplong qui est dans le vrai, partout et toujours, c'est nous qui sommes dans le faux. Le plus souvent, en pareil cas, il y a lieu de faire la part de chacun des adversaires, et de reconnaître çà et là quelque vérité chez celui-là même qui a commis le plus d'erreurs; mais ici, les choses ne sont pas ainsi : chez M. Troplong, toute la vérité, rien que la vérité; chez nous, quoique venu plus tard, pas une seule doctrine qui ne soit erronée.

Il y avait, au surplus, suivant M. Seligman, une raison qui appelait ce résultat *à priori*. C'est que la matière de la possession demande des connaissances historiques et philosophiques tout à fait spéciales, connaissances que M. Troplong possède, sans aucun doute, tandis que nous, nous ne saurions les avoir. *Le savoir* et *la logique* de M. Marcadé *sont insuffisants*, dit nettement M. Seligman, *pour entreprendre une tâche pareille*. Ainsi, de par la sentence rendue à Chartres, nous aurions été à l'avance condamné fatalement et par la nature même des choses à échouer sur tous les points, depuis le premier jusqu'au dernier, dans notre critique téméraire, et l'événement ne l'aurait que trop bien prouvé, puisqu'il n'est pas une seule des idées de notre travail qui ne soit fausse, pas une de celles que nous avons combattues chez M. Troplong qui ne soit exacte.

Digitized by Google

Heureusement, cette sentence de l'honorable M. Seligman n'est pas sans appel, et nous en appelons. Non pas certes que nous veuillions récuser la compétence de notre estimable contradicteur; mais si, plus réservé que lui, nous ne lui renvoyons pas l'idée préalable et générale d'insuffisance qu'il nous applique, nous croyons du moins qu'il a fait ici fausse route, et que tout le savoir dont il a pu faire preuve dans son travail, ne supplée pas à la logique qui y manque absolument. Aussi, tandis que M. Seligman se flatte d'avoir réfuté péremptoirement tous nos arguments à l'adresse de M. Troplong, nous trouvons, au contraire, qu'il n'en a pas ébranlé seulement un, et que tous sans exception subsistent, en présence de ses observations et prétendues réponses, avec la même force exactement qu'auparavant. Le lecteur en va juger.

Les divers points sur lesquels nous avons critiqué dans notre précédent article les idées de M. Troplong, se rattachent à quatre questions. Nous allons reprendre ces quatre questions dans le même ordre que précédemment, pour passer en revue, aussi brièvement que possible, les principaux arguments par nous adressés à M. Troplong et les prétendues réponses qu'y fait M. Seligman.

II. — La première des quatre questions sur lesquelles nous sommes ici en dissidence avec M. Troplong, c'est celle de savoir ce que c'est, en droit, que *la possession*, ce qu'on entend dans le langage de la loi par ce mot de *possession*.

Avant M. Troplong, tout le monde admettait qu'il n'y a, légalement et juridiquement parlant, de *possession* proprement dite, que dans la détention qu'une personne exerce avec une idée de maîtrise sur la chose, *cum animo domini*. Ainsi, le fermier qui habite et cultive votre ferme n'en est pas possesseur, parce qu'il n'a pas sur elle l'idée de maîtrise ; c'est vous qui possédez par ce fermier. De même, l'usufruitier, qui jouit de la ferme dont vous êtes nu propriétaire, n'est pas possesseur de cette ferme, par la même raison ; c'est vous encore qui la possédez par lui. Sans doute cet usufruitier est possesseur de son droit d'usufruit, puisque c'est bien pour lui, par son droit propre et avec pleine idée de maîtrise qu'il exerce cet usufruit; mais il n'est pas possesseur du domaine, il n'en a que la détention, qu'on a souvent appelée *possession de fait* ou *possession purement naturelle*, il n'en a pas la véritable possession, celle qui reçoit ce nom dans le langage

Digitized by Google

exact du droit et qu'on a qualifiée de *possession légale*, *possession civile*, *possession légitime*. — M. Troplong a rejeté ce système ; il a prétendu que la possession légale existe indépendamment de toute pensée de maîtrise chez le détenteur, que cette possession n'est rien autre chose que le rapport de fait qui met une personne en état d'exercer son pouvoir sur une chose, et que dès lors l'usufruitier, le fermier, le dépositaire, etc., sont de véritables possesseurs.

A notre tour, nous avons combattu cette doctrine isolée de M. Troplong, pour rétablir l'exactitude du sentiment général, et nous nous sommes appuyé, notamment (et à part d'autres arguments que nous omettons pour plus de brièveté), sur les deux idées que voici : 1° A Rome et dans notre ancien droit, il était si bien entendu que celui-là seul était véritablement possesseur d'une chose, qui la détenait avec l'idée de maîtrise et pour l'avoir à lui, que l'usufruitier lui-même, qui détient la chose en vertu d'un droit le plus énergique après le droit de propriété, analogue à celui-ci et absorbant même toute son utilité, n'a cependant jamais été un possesseur de cette chose. 2° La preuve que ce principe de notre ancien droit français et du droit romain est encore aujourd'hui celle de notre Code, c'est que l'article 2236 déclare que le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, etc., ne sont que des *détenteurs* qui *possèdent pour autrui;* or, de même que vendre pour autrui, acheter pour autrui, donner pour autrui, ce n'est pas être vendeur, acheteur ou donateur, mais être l'instrument de celui qui vend, achète ou donne, de même celui qui possède pour autrui n'est pas possesseur, mais l'instrument de celui pour lequel il possède.

Que répond à ces deux idées M. Seligman? A la seconde, il ne répond rien, ce qui est, à la vérité, simple et commode, mais ce qui suffit aussi pour nous donner gain de cause. A l'autre, en revanche et par compensation, il fait trois réponses pour une ; malheureusement, il n'en est pas une qui soit satisfaisante.

M. Seligman, dont la science, nous l'avons déjà dit, est le côté remarquable, nous cite d'abord différents textes, tant grecs que latins, afin d'établir que les mots *animus domini* ne se trouvent nulle part dans les lois romaines pour indiquer un caractère exigé de la possession. Mais que signifie ceci? Sans doute les lois romaines n'expliquent nulle part que, pour qu'il y ait possession, il faut une détention exercée *animo domini*, ou encore *animo*

Digitized by Google

sibi rem habendi. Sans doute ce ne sont pas les textes romains, mais les commentateurs, qui ont consacré ces locutions. Mais qu'importe, si ces locutions sont exactes et rendent bien la pensée du droit de Rome? Or, nous répétons qu'à Rome, l'idée chez le détenteur d'être le maître de la chose détenue et de l'avoir pour sienne était si bien nécessaire pour caractériser la possession, que chez l'usufruitier lui-même, encore une fois, la détention et la jouissance de la chose ne constituèrent jamais *la possession* de cette chose!

M. Seligman tâche d'échapper à ce fait, en l'expliquant à sa manière; mais son explication n'est pas heureuse. Il nous dit, toujours avec de nombreuses citations à l'appui, que si l'usufruitier n'avait pas le titre de possesseur, c'est que l'idée de possession ne fut d'abord admise que pour les choses matérielles, et que l'usufruit, pur droit et chose incorporelle, n'en était dès lors pas susceptible, et ne le devint que plus tard quand on finit par déroger aux règles primitives. Mais, en vérité, comment prendre le change à ce point? qui donc vous parle ici de la possession du *jus utendi-fruendi?* on parle de la possession de cette ferme, de ce jardin, de cette maison, soumis à un usufruit, lesquels sont assurément des choses parfaitement matérielles, et on demande pourquoi l'usufruitier qui en jouit, qui les cultive, qui les habite, qui les détient d'une manière si énergique et si complète, n'en peut cependant pas être dit possesseur! Pourquoi, sinon parce que le titre d'usufruitier, qui motive sa détention, est exclusif de l'idée de maîtrise personnelle, nécessaire pour qu'il y ait légalement *possession?*

Un troisième et dernier argument, que M. Seligman place en second rang, mais qu'il nous a paru plus logique de rejeter ici, consiste à dire que non-seulement la condition par nous indiquée de l'idée de maître chez le détenteur n'est nullement exigée par la loi, mais qu'elle ne pourrait pas l'être, et qu'il y aurait une *contradiction évidente* à ce qu'elle le fût. « Il y aurait contradic-« tion, dit en substance M. Seligman, à ce que celui qui n'est que « simple possesseur se considérât comme exerçant ses actes en « vertu d'un droit, lui qui sait très-bien n'en avoir aucun. Com-« ment peut-il vouloir en droit ce qui est contraire au droit? « Spécialement, il ne pourrait pas vouloir aliéner la chose ni la « consommer en sa simple qualité de possesseur!... » Il y a ici encore une étrange méprise. Sans doute celui qui n'est que pos-

Digitized by Google

sesseur, et ajoutons encore possesseur de mauvaise foi (ce que n'a pas songé à dire M. Seligman, et ce qui est pourtant indispensable), ne peut pas se considérer comme étant le maître de la chose. Mais aussi cet *animus domini*, cet *animus sibi rem habendi*, que l'on dit indispensable pour constituer un possesseur, ne signifie pas seulement la pensée (juste et loyale) *qu'on est* propriétaire de la chose, mais aussi, selon les cas, la pensée (déloyale et frauduleuse) qu'on veut *passer* pour le propriétaire, qu'on veut *le devenir* si c'est possible, qu'on veut agir et être traité *comme si on l'était*. Là où l'*animus domini* n'existe pas, il n'y a plus possession, mais simple détention... Et à quoi pense donc M. Seligman, quand il vient nous dire sérieusement que le simple possesseur *ne peut pas vouloir aliéner la chose* en cette qualité? Sans doute, du moment qu'il se sait n'être pas propriétaire et n'avoir pas pour agir d'autre qualité que celle de détenteur de l'objet, sans doute il ne peut pas vouloir faire une aliénation *consciencieuse et légale*, mais il peut certes très-bien vouloir faire une aliénation qui passera pour telle sans l'être, et qui lui procurera les écus qu'il veut palper. Est-ce que tous les jours un voleur ne va pas vendre, échanger, aliéner de fait les objets qu'il sait de reste ne pas lui appartenir; et ce voleur, qui sait si bien à quoi s'en tenir sur la complète absence de tout droit chez lui, n'a-t-il pas cependant au plus haut degré l'*animus domini?...* Il y aurait ici beaucoup d'observations à faire en réponse aux singulières idées de M. Seligman; nous nous contenterons d'une seule, qui est péremptoire. Si, comme le dit si étrangement l'honorable juge de Chartres, l'*animus domini* était incompatible et en *contradiction évidente* avec la connaissance que le possesseur a de son défaut de droit, il ne pourrait donc pas exister d'individu qui fût en même temps possesseur *de mauvaise foi* et possesseur *à titre de propriétaire*. Or que deviendraient dans ce système les articles 2229 et 2262, dont celui-ci déclare que la possession *de mauvaise foi* donne la prescription aussi bien qu'une autre (sauf un délai plus long), en présence de quoi l'autre dispose néanmoins qu'on ne prescrit jamais que par une possession *à titre de propriétaire!*

III. — Notre seconde question était celle de savoir si la possession, lorsqu'elle est devenue annale, constitue un droit, ou si elle n'est toujours qu'un fait, si, en d'autres termes, il existe un droit de possession, *jus possessionis*.

Digitized by Google

Tous les livres et tous les arrêts, nous dit M. Troplong lui-même, admettent un droit de possession. Mais cet unanime concert n'a pas empêché le célèbre magistrat d'enseigner que c'est là une grave erreur, qu'il n'existe pas de droit de possession, et que le droit auquel on donne à tort ce nom, et qui est en jeu notamment dans les actions possessoires, n'est rien autre chose que le droit même de propriété : dans les débats possessoires, c'est la propriété qui se discute et qui est tout en droit, la possession n'est qu'un pur fait servant de raisonnement et de moyen de preuve.

Nous avons combattu cette nouveauté par des arguments dont le passage qui suit suffit à donner le résumé : « Comment ! dans les actions et jugements possessoires, c'est la propriété qui est tout à fait le seul objet du débat, alors que M. Troplong lui-même nous explique ailleurs (n° 293), qu'on a ici réglé les choses ABSTRACTION FAITE DE LA PROPRIÉTÉ ! Comment ! la question est une question de propriété, et voilà que si le défendeur essayait de combattre la possession du demandeur, c'est-à-dire (suivant M. Troplong) *son raisonnement*, *son moyen de preuve*, par d'autres preuves plus fortes, le juge l'arrêterait court en lui disant : *Vous n'avez pas le droit de parler ici de propriété*... En vérité, une question de propriété dans laquelle *il est défendu de parler de propriété* et où tout est organisé *abstraction faite de la propriété*, c'est une théorie qui n'a pas besoin de se réfuter... On ne peut donc pas hésiter à dire avec Toullier, avec la Cour de cassation, *avec tous les livres et tous les arrêts* (selon l'expression même de M. Troplong), que : Toute action supposant *un droit* et la loi ayant organisé des actions spéciales sur *la possession*, pour régler cette possession en elle-même et ABSTRACTION FAITE DE LA PROPRIÉTÉ, c'est donc qu'il existe pour la loi *un droit de possession*, distinct du droit de propriété. »

Or, sait-on ce que répond à ceci M. Seligman ? Il ne répond rien, absolument rien ; il fait un semblant de réponse qui, bien loin d'en être une, n'est au contraire qu'une longue et savante corroboration de notre argument !

M. Seligman commence par dire, à l'occasion du passage que nous venons de rappeler et que nous avons la naïveté de regarder comme parfaitement péremptoire : « *Laissons de côté ces mouvements chaleureux !...* » Ainsi, ces idées, suivant nous, aussi simples que décisives, qu'une question n'est pas et ne peut pas

Digitized by Google

être question de propriété, quand on va jusqu'à *défendre d'y parler propriété* et que tout y est organisé *en dehors et abstraction faite de la propriété*, ces idées ne sont pour M. Seligman que des mouvements oratoires qui n'ont aucune valeur comme raisonnement, et dont un adversaire n'a pas à tenir compte ! Nous ne savons ; mais il nous semble que le lecteur trouvera comme nous que c'est vraiment se débarrasser à trop peu de frais et avec trop peu de cérémonie.

Toutefois, après ce refus de réponse à ce qu'il appelle des *mouvements chaleureux*, M. Seligman veut bien nous faire la grâce de s'arrêter à ce qui forme le fond de l'argument, c'est-à-dire à l'impossibilité de cumuler le possessoire avec le pétitoire, la question de possession avec la question de propriété, et c'est à cela qu'il fait la longue explication qu'il donne pour une réponse, mais qui loin d'en être une, n'est, avons-nous dit, que le développement et la confirmation de notre réfutation.

M. Seligman, en effet, dans un long passage dont nous nous plaisons à signaler la science (si parfaitement inutile qu'elle soit ici), nous cite avec abondance Brodeau, Klimrath, les coutumes notoires du Châtelet, les chartes de Roye et de Saint-Quentin, le coutumier d'Artois, le grand Coutumier, l'ordonnance de Montelles-Tours de 1446, celle de François Ier en 1535, etc. ; mais c'est uniquement pour expliquer, ce qu'il fait fort bien, pourquoi, quand et comment on est arrivé peu à peu à séparer complétement, et avec défense rigoureuse de jamais les réunir comme on l'avait pu dans un temps, le possessoire et le pétitoire, les questions de possession et les questions de propriété. Or c'est là notre thèse à nous, et nullement la thèse de MM. Troplong et Seligman. C'est notre thèse ; car établir savamment et solidement ce fait (que nous nous étions, nous, contenté d'indiquer, comme suffisamment connu) de la séparation et de l'incompatibilité du possessoire et du pétitoire, établir savamment et solidement que la matière du possessoire est complétement organisée en dehors de toute idée de propriété, et, pour parler comme M. Troplong lui-même, *abstraction faite de cette propriété*, c'est établir (quoi qu'on puisse dire et faire ensuite) que le droit qui se discute au possessoire n'est pas et ne peut pas être le droit de propriété. Peu importe comment, quand ou pourquoi les deux matières ont été faites incompatibles ; du moment qu'elles le sont, notre conclusion est inattaquable, et celle de M. Seligman est renver-

Digitized by Google

sée. Ainsi, c'est en vain que M. Seligman, pour adoucir et pallier la contradiction des idées par lesquelles il croit avoir ici réfuté les nôtres, présente de plusieurs manières et à plusieurs reprises cette pensée, que sans doute le possessoire et le pétitoire ne sont pas même chose, mais que la différence entre eux ne concerne pas le droit qu'on y discute, qu'elle gît seulement dans le point de vue différent où la loi se place pour les deux cas, dans la différence des moyens de preuve et des formes de procéder, et que ceci n'empêche pas que l'objet soit toujours le même de part et d'autre, c'est-à-dire l'établissement du droit de propriété. Ces réflexions et toutes autres analogues qu'on pourrait imaginer ne répondront jamais à ceci :

Un droit qui s'exerce, se règle, se discute et s'apprécie indépendamment du droit de propriété, sans même qu'il soit permis (en cas de contestation) de recourir à l'idée de propriété, en un mot, ABSTRACTION FAITE DE LA PROPRIÉTÉ, *ne peut pas être le droit de propriété.*

IV. — La troisième question diversement résolue par M. Troplong et par nous était celle de savoir si, lorsqu'une personne avait acheté un objet et que par erreur elle a reçu livraison d'un autre, elle aura néanmoins la possession de celui-ci. Non, dit M. Troplong, puisque ne recevant la chose que par erreur, l'acheteur n'a pas dès lors l'intention de la posséder. Nous avons, au contraire, admis et développé l'affirmative.

Or, ici encore, suivant M. Seligman, c'est M. Troplong qui est dans le vrai et nous qui sommes dans le faux en le combattant. Voyons si l'honorable juge de Chartres est plus heureux sur ce troisième point que sur les précédents.

Faisons d'abord remarquer un fait que nous avons eu tort de ne pas signaler dans notre premier travail, mais qui, du reste, n'a été relevé non plus ni par M. Troplong, ni par M. Seligman, et sur lequel on paraît s'être entendu de part et d'autre sans aucune explication, parce qu'en effet il est fort simple et de toute évidence. Ce fait, c'est qu'il y a, il est vrai, deux manières de redevoir une chose pour une autre par erreur, mais que l'une d'elles est tellement manifeste, qu'il n'y a pas lieu de s'en occuper, et que quand on parle sans autrement s'expliquer d'une réception faite par erreur, c'est de l'autre seulement qu'il s'agit. — Il y a, disons-nous, deux manières de recevoir une chose pour une autre par erreur. L'une est celle de l'étourdi qui ne se donne

Digitized by Google

pas même la peine de jeter un coup d'œil sur la chose dont son vendeur lui fait livraison : ainsi, il avait acheté un sac de blé, et il reçoit, sans en délier la corde, un sac plein de seigle ou de tout autre grain qu'il fait monter dans son grenier sans l'avoir vu ; il avait acheté un Code, et on lui livre un volume des Contes de La Fontaine, qu'il place dans sa bibliothèque sans déployer le papier qui l'enveloppe. De telles hypothèses ne se discuteraient certes pas ; il est bien clair qu'il n'y a, dans ce cas, chez le détenteur, aucune intention de posséder l'objet à lui remis : il veut et croit en posséder un, mais ce n'est pas celui qu'il a. La seconde manière, la seule dont nous ayons à nous occuper, est celle de l'homme prudent qui a soin de regarder l'objet qu'on lui livre, mais qui se trouve trompé, par une cause quelconque, sur les qualités de cet objet. Ainsi, il avait acheté le tableau d'un grand maître, et celui qu'on lui livre n'en est qu'une copie qu'il prend, tout en la regardant fort bien, pour l'original ; il avait acheté le cheval de selle ayant appartenu à tel personnage, et le marchand lui en livre un autre qui lui ressemble assez pour que, malgré l'examen qu'il en fait, il ne remarque pas la substitution ; il avait entendu acheter l'ancien hôtel G..., et l'immeuble dont on le met en jouissance et qu'il vient habiter comme tel est l'ancien hôtel D... : en un mot, la chose qu'il détient n'est pas celle qu'il avait eu l'intention de se procurer et qu'il croit s'être procurée, mais c'est bien celle qu'il a vue, examinée, regardée sous toutes ses faces lors de la livraison ; en sorte que, malgré l'erreur dans laquelle il est à l'égard de cette chose, cette chose du moins est bien celle qu'il détient en la connaissant parfaitement sous le rapport matériel. C'est cette parfaite connaissance de la chose par le détenteur qui fait, on le conçoit, l'énorme différence de ce second cas avec celui de l'individu qui s'imagine posséder un Code quand il a les Contes de La Fontaine, ou du blé lorsqu'il n'a que du seigle.

Or, ce second cas, celui d'un détenteur qui malgré son erreur connaît du moins très-bien la chose qu'il détient, c'est, avons-nous dit, le seul pour lequel notre question puisse s'élever, c'est celui que prévoyait Ulpien dans le texte dont M. Troplong a reproduit la doctrine (D. l. 34, *de adq. vel amitt. poss.*), c'est enfin celui dont parlait notre précédent article, comme le prouvent du reste les précisions de cet article (p. 772, *in fine*).

Cela étant, on ne comprend pas comment un jurisconsulte, et

Digitized by Google

surtout un jurisconsulte si bien versé, à ce qu'il paraît, dans les matières de la possession (pour lesquelles il semble se donner lui-même ce brevet de capacité spéciale qu'il refuse si facilement à d'autres), a pu soutenir ici contradictoirement une discussion négative de l'intention de posséder. Que, grâce à cet esprit de subtilité parfois si exagérée des jurisconsultes romains, et en dehors d'ailleurs de toute contradiction ou discussion sur ce point, Ulpien ait émis cette négation, rien d'étonnant à cela. Que M. Troplong, à son tour, ait reproduit l'idée d'Ulpien, en dehors toujours de tout débat sur la justesse de cette idée, et dans un passage dont la brièveté même (sept lignes) dénote assez l'absence d'un examen approfondi, c'est tout simple également. Mais que, dans une discussion *ad hoc*, dans un débat réglé du *pour* et du *contre*, un jurisconsulte s'opiniâtre à nier pour notre hypothèse l'existence de l'intention de posséder, c'est ce qui ne se conçoit pas, et on ne saurait vraiment être plus malheureux que ne l'est ici M. Seligman, soit pour le fond de la question, soit pour les moyens de détail par lesquels il procède.

Quant au fond d'abord, nous pourrions nous contenter de renvoyer aux 3e et 4e alinéa (n° X) de notre précédent article, puisque par une singularité vraiment étrange (et dont l'étrangeté s'augmente encore par une circonstance qui va bientôt être signalée), ces deux passages, qui contiennent la justification de notre thèse, n'ont pas reçu de M. Seligman un seul mot de réponse. C'est là que nous avons signalé avec précision et insistance les observations qui démontrent l'existence, dans les cas qui nous occupent, de l'intention de posséder; or, M. Seligman n'a ni répondu, ni seulement fait semblant ou essayé de répondre à ces observations : pas une ligne, pas un mot dans son travail, qui s'y réfère ou tente seulement de s'y référer. Notre explication à cet égard reste donc aussi neuve qu'avant le débat, et nous pourrions dès lors nous contenter d'elle. Mais nous tenons toutefois à ajouter quelques mots... Quand j'ai dans mon salon un tableau que je crois de tel peintre, tandis que, grâce à la fraude ou à l'ignorance du marchand à qui je l'ai acheté, il est d'un autre peintre moins estimé, il est bien évident, à la vérité, que je ne possède pas précisément *le tableau que je crois posséder*, mais il est bien évident aussi que, d'intention comme de fait, je possède *un tableau*, je possède *le tableau* (bon ou mauvais, original ou copie, rare ou commun) *qui est là sous mes yeux*. Préci-

Digitized by Google

sons et analysons ceci avec soin... N'est-il pas vrai que, malgré mon erreur, qui me fait regarder comme une toile de G... ce qui n'est qu'une toile de N..., et précisément même à cause de cette erreur, *j'ai*, et de plus, *je sais avoir et j'entends garder le tableau que voici*, ce tableau que je connais parfaitement, que je vois tous les jours, dont je sais la hauteur, la longueur, le coloris, etc., etc., et sur l'identité duquel aucun doute n'est possible ? En vain on m'objectera que je n'aurais plus l'intention de garder cet objet, si je savais quel en est l'auteur. Car notez donc bien qu'il ne s'agit pas de savoir quelle intention j'aurais dans telle ou telle hypothèse, mais bien *quelle intention j'ai*. Sans doute la découverte de mon erreur pourrait faire disparaître mon intention de garder le tableau et me faire dès lors cesser d'être possesseur, mais tant que *cette intention subsiste*, il est bien clair que je possède ! Sans doute, il en serait autrement, comme nous l'avons dit, de celui qui tient dans son grenier un sac de seigle ou d'orge que, sans le regarder, il a reçu pour un sac de blé : celui-là, bien entendu, ne possède rien ; il ne possède pas de blé (comme il le croit) puisqu'il n'y a pas de blé chez lui ; il ne possède pas de seigle ni d'orge, puisque sa pensée ne porte que sur du blé, non sur de l'orge ou du seigle : pour le blé, l'intention existe, mais le fait même de la détention manque ; pour l'orge ou le seigle, la détention existe, mais l'intention fait défaut ; il n'y a donc alors aucune possession. Mais quand, au contraire, la chose, malgré l'erreur qui existe quant à elle, est matériellement bien connue du détenteur, il est évident, comme on vient de le voir, que l'intention existe (par suite d'une erreur, mais peu importe), et puisque *l'intention existe* et que le fait de la détention existe aussi, la possession a donc lieu.

Notre doctrine est donc, sur cette troisième question comme sur les deux autres, manifestement exacte, et c'est à tort que M. Seligman explique qu'elle ne serait applicable qu'autant que l'acheteur aurait sciemment accepté la substitution du second objet à celui qu'il avait d'abord acheté. Si un tel consentement était donné par l'acheteur, c'est alors la seconde chose qui deviendrait, à la place de la première, l'objet de la vente ; l'acheteur dès lors se trouverait, par l'effet direct de cette vente, non pas seulement possesseur, mais propriétaire de la chose livrée, et ce ne serait plus dès lors, comme le dit à tort M. Seligman, l'application de notre théorie. Ici, en effet, l'acheteur, par la li-

Digitized by Google

vraison, ne devient immédiatement que possesseur de l'objet; s'il arrive à en être aussi propriétaire, ce n'est que médiatement et par l'effet, non de la vente, mais de la prescription, ce qui entraîne des conséquences sur lesquelles M. Seligman s'est encore mépris et que nous allons signaler dans l'une des deux dernières réponses qu'il nous reste à faire ici à notre estimable adversaire.

Ces deux dernières réponses sont relatives, l'une, à une prétendue pétition de principe que M. Seligman nous a reprochée sur ce troisième objet de notre critique de M. Troplong ; l'autre, aux prétendues conséquences fâcheuses que notre doctrine produirait ,selon lui, pour les choses mobilières. Ici encore et sur chacun des deux points, il serait difficile d'être plus malheureux que M. Seligman.

L'honorable juge de Chartres, pour répondre à notre critique sur le troisième objet dont il s'agit, commence par citer dix lignes de nos 5e et 6e alinéa, qui contiennent et développent *notre conclusion;* ces dix lignes, ils les présente comme si elles résumaient toute notre argumentation, et sans dire un seul mot des idées que contiennent les vingt-six lignes des deux alinéas précédents; puis après avoir ainsi sauté à pieds joints sur ces alinéa 3 et 4, formant précisément la base de la conclusion qui vient ensuite, M. Seligman ajoute triomphalement : « *M. Marcadé résout la question par la question;* car il est évident que si l'acheteur a réellement l'intention de posséder la chose, il en acquiert la possession : *mais c'est là précisément la difficulté à éclaircir!* » Ainsi, on nous reproche d'arriver à la conclusion de l'existence de la possession sans discuter l'existence de l'intention nécessaire pour la constituer, quand c'est précisément à établir cette existence de l'intention qu'est consacrée la plus grande partie de notre travail, vingt-six lignes sur quarante, que notre adversaire n'a pas lues ou qu'il a oubliées ! Ainsi, nous insistons sur ce que toute la question roule sur l'existence de l'intention, nous insistons sur les faits et circonstances de détail qui révèlent l'existence de cette intention, et voilà que non-seulement notre adversaire n'y répond pas un mot, mais c'est lui qui nous reproche d'être muet à cet égard et de résoudre la question par la question ! le procédé n'est-il pas curieux ?

M. Seligman termine cette troisième partie de la discussion par une objection qui ne serait pas sans gravité si elle était fondée; mais comme s'il eût été réglé d'avance que partout notre hono-

Digitized by Google

rable contradicteur aurait la main peu heureuse, cette objection n'a aucun fondement contre notre doctrine, et elle se retourne au contraire contre celle de M. Seligman... L'objection consiste à dire que si l'acheteur qui reçoit par erreur la livraison d'une chose pour une autre en devenait le possesseur, il deviendrait aussi, en cas de meubles (puisque sa possession serait de bonne foi), propriétaire de cette chose, d'où la conséquence que, d'une part, la chose, si elle venait à périr, périrait pour l'acheteur, non pour le vendeur qui l'a trompé; et que, d'autre part, cet acheteur ne pourrait pas, en découvrant plus tard son erreur (et la chose continuant de subsister), forcer son vendeur à la reprendre, puisque, encore une fois, elle est bel et bien devenue sienne à lui acheteur, par sa possession de bonne foi. — C'est là une erreur reposant sur l'oubli d'un principe fondamental. M Seligman aurait dû se rappeler ici que la prescription est un mode d'acquisition qui n'opère jamais *de plano*, mais seulement par la volonté formelle du possesseur et à la condition d'être invoquée par lui; en sorte que l'acheteur qui, dans notre hypothèse, découvre son erreur, soit avant, soit après la destruction de la chose, a le choix de se faire ou non traiter comme propriétaire, selon son plus grand avantage. L'objection n'a donc aucune portée contre notre doctrine. Mais ce n'est pas tout; et si l'inconvénient que M. Seligman reprochait à notre système ne s'y trouve pas, il se trouverait, au contraire, ou plutôt il s'en trouverait un analogue et beaucoup plus grave, dans le système de M. Seligman. Là, en effet, l'acheteur n'étant pas possesseur du bien qu'il détient, il ne pourrait pas par conséquent arriver à le prescrire, et si ce bien avait été livré *a non domino*, ce malheureux acheteur serait pour toujours exposé à une revendication dont rien ne saurait le défendre! Et notons que ce n'est plus seulement pour les meubles que cette triste position existerait, c'est également pour les immeubles, pour toute espèce de biens sans exception. Ainsi, ce domaine que j'ai payé 200,000 fr., 300,000 fr., ou davantage, et que depuis quinze ans, vingt ans, vingt-cinq ans et plus, je détiens de très-bonne foi, l'habitant et le cultivant par moi-même ou par mes fermiers, ce domaine dont je me croyais si consciencieusement propriétaire et qui composait peut-être toute ma fortune, voilà que j'en pourrais être évincé à quelque époque que ce soit, parce que, sous le curieux prétexte qu'il était, à mon insu, autre que celui que j'avais cru acheter, on dé-

Digitized by Google

ciderait que je n'en ai jamais eu la possession ! qui donc aurait le courage d'admettre de si désastreux résultats ?

V. — La quatrième et dernière partie de notre critique, relative à la jonction des possessions, semblerait ne devoir donner lieu à aucune observation de notre part envers M. Seligman, puisque sur ce dernier point, l'honorable magistrat se range au fond à notre avis et pense comme nous que la doctrine de M. Troplong n'est pas exacte. Et pourtant, au contraire, c'est précisément dans cette dernière partie, que l'article de M. Seligman nous a le plus surpris.

C'est qu'en effet, si M. Seligman adopte *au fond* notre doctrine sur ce dernier point, et s'*il pense* comme nous que la solution donnée par M. Troplong est inexacte, il ne le dit pas nettement ; il se borne à le faire comprendre implicitement et par la nature même d'une partie de ses raisonnements.

M. Troplong, méconnaissant ici un principe admis de tout temps et dans le droit romain et dans notre ancien droit français, principe que lui-même proclame de la manière la plus formelle pour le contredire bientôt après, veut qu'un successeur particulier puisse, malgré sa mauvaise foi, identifier sa possession avec la possession de bonne foi de son auteur, comme le ferait un successeur universel. Or, après avoir réfuté cette doctrine par un argument direct, tout juridique, et que M. Seligman lui-même est bien forcé de reconnaître péremptoire, nous avions opposé surabondamment à M. Troplong un second argument, ou plutôt une considération morale, qui n'a de valeur que contre lui, mais qui en a une grande. Le célèbre auteur, en effet, au lieu de trouver seulement *indulgente*, comme nous, la disposition de l'article 2269, Code Napoléon, la déclare *en opposition avec la morale;* et comme c'est sur une extension de cette disposition à un cas pour lequel elle n'est pas faite que repose la solution de M. Troplong, nous avons fait remarquer combien il était étrange et inadmissible de vouloir ainsi appliquer dans un deuxième cas et à des individus indignes de toute faveur, un bénéfice qui n'est établi que dans un premier cas et pour des personnes beaucoup plus favorables, combien ceci était inadmissible, disons-nous, pour celui-là surtout qui regarde ce bénéfice comme contraire à la morale ! Or, c'est sur cette considération surabondante et parfaitement indifférente pour la solution du débat, que M. Seligman, ne trouvant rien à répondre à l'argument principal et déci-

Digitized by Google

sif, s'est ici rejeté pour tenter de trouver encore notre critique en défaut. M. Seligman y réussit-il ? nous ne le pensons pas, et ce n'est d'ailleurs pas la question. Nous ne le pensons pas, et il objecte vainement que notre motif de moralité n'est d'aucun poids dans la question, parce que, dit-il, il ne s'applique pas à tous les cas, les successeurs universels n'en subissant pas l'application. Car si la mauvaise foi initiale d'un successeur universel ne nuit pas à sa possession, c'est que précisément (et il est étonnant que M. Seligman ne l'ait pas compris) le principe de droit qui domine ici s'y oppose rigoureusement, puisqu'en droit la possession de ce successeur *n'est pas une possession nouvelle*, mais bien *la continuation de celle de l'auteur*. Et ce n'est pas seulement en droit, c'est aussi en équité, en morale, qu'il en doit être ainsi ; car, du moment qu'à raison de ce principe de continuation d'une possession unique et identique, entre l'auteur et son successeur universel, vous privez celui-ci du bénéfice de sa bonne foi personnelle à cause de la mauvaise foi de l'auteur, il est assurément bien injuste que par compensation vous lui donniez le bénéfice de la bonne foi de cet auteur, malgré sa mauvaise foi personnelle : la justice, tout aussi bien que le droit rigoureux, demande que le principe s'applique réciproquement dans les deux cas inverses ou qu'il ne s'applique dans aucun. Ce nouvel effort de M. Seligman n'aboutit donc pas mieux que les autres, et ici encore notre argument à M. Troplong reste intact. Mais, au surplus, ce n'est vraiment pas là qu'est la question, et lors même que notre considération morale eût été aussi insignifiante qu'elle était concluante, il est clair qu'en présence de notre argument principal, le résultat eût toujours été le même.

Après avoir ainsi cherché dans la partie accessoire (et indifférente au résultat du débat) les moyens, que ne lui offrait pas notre argument principal, de s'élever contre notre critique, M. Seligman, obligé de se prononcer, en terminant, sur le fond même de la question, se contente de dire que *M. Troplong, partant de son point de vue et s'appuyant sur le texte de l'article* 2235, *devait arriver logiquement à la solution qu'il a adoptée.*

Cette conclusion a lieu de nous surprendre.

Quel est donc, en effet, ce *point de vue* particulier de M. Troplong, qui lui permettrait de donner à l'article 2235 un sens et des conséquences fort exacts relativement au célèbre auteur, alors

Digitized by Google

qu'ils seraient inexacts en eux-mêmes? Ce point de vue de M. Troplong sur l'article 2235 quant à la question qui nous occupe, ce point de départ qui devait conduire le célèbre magistrat à la solution de cette question, il est connu, parfaitement connu, M. Troplong l'a nettement proclamé; et bien loin qu'avec lui on dût ou pût même arriver logiquement à la solution donnée par le savant auteur, on devait au contraire arriver forcément à la solution opposée. Ce point de vue sur l'article 2235, ce point de départ de la question, c'est ce principe, posé par M. Troplong dans son commentaire de l'article précité, que « *les successeurs universels* NE COMMENCENT PAS UNE POSSESSION NOUVELLE, *mais* CONTINUENT *la possession de leur auteur* (nº 429), tandis que *pour le successeur particulier*, IL Y A DEUX POSSESSIONS DISTINCTES (nº 431). » Telles sont les paroles de M. Troplong, tel est le point de vue de M. Troplong. Or, puisque dans le cas d'un possesseur succédant à titre particulier à un précédent possesseur, il y a *deux possessions*, et non pas continuation d'une possession unique, il y a donc *deux commencements de possession*; et comme la bonne foi, pour produire son effet, doit exister au commencement de la possession, il faut donc que le second possesseur soit de bonne foi quand il vient commencer la seconde possession distincte de la première... Ceci est assurément clair comme le jour; et il est évident dès lors que le point de vue de M. Troplong, bien loin de devoir ou seulement de pouvoir le conduire logiquement à la solution qu'il a donnée, comme le dit si inexactement la conclusion de M. Seligman, se trouve au contraire en contradiction flagrante avec cette solution!

V. MARCADÉ.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS,

Par M. LAFERRIÈRE, t. IV, Droit public et privé du moyen âge. Paris, 1852-1853.

ARTICLE DE M. MITTERMAIER, TRADUIT PAR M. BERGSON [1].

Le quatrième volume dont nous allons nous occuper aujourd'hui, retrace l'époque la plus intéressante de la monarchie fran-

[1] *Annales de littérature de Heidelberg*, 1853, nº 44.

Digitized by Google

çaise. Nous y assistons à la naissance de cette monarchie; nous l'apercevons dans son berceau. Née au milieu de l'anarchie féodale, si faible dans ses commencements, avec quelle force ne s'est-elle pas développée depuis Hugues Capet jusqu'à Philippe-Auguste et Louis IX? C'est dans l'idée de protection qu'elle puise ses premières forces, dans ce devoir des rois, comme le disait l'abbé Suger, de réprimer l'audace des tyrans qui déchirent l'État par des guerres sans fin. La royauté dans ses débuts apparaît à la France comme un trône de justice vers lequel les opprimés peuvent porter leurs plaintes, comme le pouvoir légitime qui couvre de sa puissance et de sa protection les vassaux tyrannisés par leurs seigneurs, les villes asservies qui secouent le joug féodal, les seigneurs eux-mêmes qui avouent le roi leur seigneur direct en lui faisant hommage au préjudice des grands vassaux. La royauté puise cette force dans trois grandes institutions : 1° le droit de réunion des fiefs au domaine de la couronne; 2° l'organisation et l'action générale de la pairie en France; 3° le développement de la justice royale représentée par les prévôts, les baillis royaux et la cour du parlement.

Nous remarquons ensuite la naissance ou plutôt la révolution des communes qui, suivant la grande division territoriale et historique de la France, constitue la division en communes *jurées* et en villes de *consulat*.

L'origine des écoles ne remplit pas un des chapitres les moins curieux de l'époque féodale, depuis celle de Saint-Martin de Tours, premier foyer de lumières où Alcuin, le moine modeste, conseiller de Charlemagne, commença la seconde tâche de sa mission civilisatrice, jusqu'à cette université de Paris, illustrée par les luttes d'Abailard et de saint Bernard, des nominalistes et des réalistes. A la même époque, l'école de Bologne va renouveler la science du droit romain et formuler celle du droit canonique dans le décret de Gratien et dans les Décrétales.

Pendant que la féodalité se transforme dans l'ordre public, la révolution se prépare dans l'ordre civil. La *censive* remplace l'héritage servile. Le rapport entre l'homme et la terre suit fidèlement la transformation, et les censitaires ou tenanciers remplacent les serfs ou mainmortables. Tout un ordre de propriété, qui aura ses droits réels, sa prédominance de la réalité sur la personnalité, ses principes de succession, va sortir de la concession faite aux anciens serfs ou mainmortables.

Digitized by Google

Enfin les Assises de Jérusalem nous apparaissent comme le résumé, la fidèle image de cette féodalité chevaleresque, si brillante à l'époque de son apogée, alors qu'elle va fonder un nouvel empire français en Orient, au berceau même de notre civilisation moderne.

C'est ainsi que M. Laferrière nous conduit jusqu'à la monarchie féodale de saint Louis. « Tout concourt à donner à cette période du xe à la fin du xiiie siècle un intérêt qui s'attache également au droit public et au droit privé... Le droit français gagnera plus tard en justice, en uniformité sous l'influence progressive du droit romain et du droit canonique, mais il perdra pour l'histoire en originalité et en vérité de relation avec les mœurs de chaque province ; » et nous dirons avec lui : « Ce ne sera pas sans regret que comme investigateur des origines juridiques nous nous séparerons de ce droit du moyen âge dont la puissante vitalité s'est communiquée aux principes et aux institutions qui ont fondé le droit moderne [1]. »

Après ces quelques observations sommaires, nous allons reprendre le travail de l'illustre vétéran de la critique allemande au point où nous l'avons laissé dans un article précédent [2].

TRADUCTION DE L'ARTICLE DE M. MITTERMAIER.

J'ai rendu dans ce Recueil (année 1850, cahiers 8 et 9), un compte détaillé des trois premiers volumes de l'excellent ouvrage de M. Laferrière. Dans ce quatrième volume qui embrasse l'époque depuis le xe à la fin du xiiie siècle, il traite de l'élément féodal qui a contribué à la formation du droit français et qui constitue la partie la plus difficile de son histoire. Les plus importantes institutions du moyen âge, telles que l'origine de la monarchie féodale, des rapports religieux, moraux, sociaux, l'établissement des communes, la suprématie de l'Église, la naissance de nouvelles idées juridiques issues de la lutte entre le droit romain et le droit germanique, la création d'une nouvelle vie juridique et de la science du droit, tels sont les principaux points qui remplissent le présent volume. Dans cet exposé, M. Laferrière fait partout un usage scrupuleux des sources, avec cette méthode ingénieuse par laquelle il sait faire revivre l'esprit

[1] Avant-propos, pages ix et x.

[2] Voyez la *Revue critique*, tome III, p. 533.

Digitized by Google

des siècles écoulés. Les causes qui ont déterminé l'avénement de la dynastie des Capétiens devaient occuper la première place du tableau qui a pour objet le droit public du xe siècle. A cet effet il rappelle les luttes dont la France a été le théâtre au ixe siècle à l'occasion surtout du double mariage de Louis le Bègue. Des doutes s'étaient élevés sur la filiation légitime de Charles le Simple. Au moment où Louis le Bègue contracta une seconde union avec la reine Adélaïde qui devint mère de Charles le Simple, sa première épouse, la reine Ansgalde, vivait encore. Gosselin, l'évêque de Paris, fit élire Eudes, comte de Paris, roi de France, par le suffrage des grands et des évêques, qui composaient l'assemblée nationale, pendant que Foulques, l'archevêque de Reims, sacra roi Louis le Simple. La lutte s'engagea alors pendant cent ans entre le principe d'élection et le principe d'hérédité. L'élection donna les rois Eudes, Robert et Raoul ; l'hérédité donna les rois Charles le Simple, Louis X, Lothaire et Louis V. Cette lutte accablait la France de tous les fléaux de la guerre civile jusqu'au moment où Hugues Capet, élu roi, fut sacré en 587 roi de France et fonda la troisième dynastie. Ce fut, dit M. Laferrière (page 11), par un acte de souveraineté nationale, qu'une assemblée des grands et des évêques proclama ce principe de droit public, que la transmission de la couronne était *héréditaire* en ligne directe, mais *élective* lorsqu'il n'y avait de parents qu'en ligne collatérale, le même principe qu'on retrouve clairement établi dans les Assises de Jérusalem. L'auteur réfute avec de bonnes raisons l'opinion de Montesquieu, qui, en rapportant l'hérédité de la couronne à l'hérédité des fiefs, voyait dans la couronne de France le grand fief. A cette opinion il oppose une raison principale et décisive. Des historiens contemporains[1] racontent que le roi Hugues Capet, six mois après son élection, afin de laisser après sa mort un héritier certain, fit associer à son règne son fils Robert dans une assemblée des grands. Si l'hérédité des fiefs avait dû servir de base à l'hérédité de la couronne, si la couronne avait été vraiment le grand fief, Hugues Capet n'aurait pas eu besoin d'associer son fils à son règne et de demander d'avance qu'on fît un second roi. Montesquieu a donc évidemment commis une erreur lorsque pour expliquer l'hérédité de la couronne, il a identifié les idées de couronne et de fief.

[1] M. Laferrière cite l'histoire de Richer. (*Note du trad.*)

Digitized by Google

L'auteur passe (page 21) au droit de primogéniture dont il retrouve déjà les traces dans la seconde race. Nous considérons comme trop général ce qu'il observe sur l'origine du droit d'aînesse, nous eussions voulu qu'il eût consulté à cet effet l'ouvrage de M. Schulze, publié sous le titre suivant : *Le Droit d'aînesse dans les familles princières d'Allemagne*, Leipzig, 1851. M. Schulze y explique très-bien (page 213 et suiv.) l'établissement du droit d'aînesse en France. Il prouve que ce droit né de l'esprit féodal et conforme aux intérêts permanents de la noblesse féodale a donné le jour à l'indivisibilité des fiefs. M. Laferrière retrace avec esprit et clarté le caractère moral et politique de l'aristocratie féodale de xe siècle (page 24). Il constate que les fondements moraux de la société étaient attaqués, que le respect des lois était tombé en oubli et qu'une oppression générale pesait sur les faibles qui durent chercher leur salut dans la protection des grands. L'aristocratie féodale c'est le principe de la force qui s'enracine dans la propriété territoriale, l'hérédité et le droit d'aînesse. L'histoire apprend que du sein de la barbarie violente de nouveaux éléments de civilisation ont surgi. On lira avec intérêt les pages qui retracent les principes civilisateurs ayant agi sur la société féodale (page 25). Parmi les éléments qui commençaient à discipliner le mouvement impétueux de l'époque et préparaient la victoire de l'esprit sur la force matérielle, sur la domination effrénée des puissants, il faut remarquer : 1° l'Église catholique et son chef visible ; 2° la royauté et les institutions du moyen âge qui s'inspiraient de son esprit ; 3° les communes et leurs chartes de franchise ; 4° le réveil des études et l'établissement des écoles et des universités. L'Église se fit le centre de la régénération sociale (page 33) ; l'idée de l'égalité de tous devant Dieu, cette loi partout prêchée de l'amour, fut la protection des serfs contre l'arbitraire des seigneurs. L'Église s'offrit comme le médiateur persévérant entre le vassal et le maître. Non-seulement elle adoucissait le sort des serfs ; ses efforts pour leur affranchissement furent également couronnés de succès. Pour combattre le funeste usage des guerres privées, elle institua les trêves de Dieu (*treuga Dei*). — Elle organisa en même temps les nombreuses confréries de Dieu, dont les statuts imposaient aux membres le devoir de protéger et de défendre les faibles. L'Église travaillait ainsi à faire pénétrer son influence morale dans la société en se mêlant à la vie de chaque jour, aux mœurs populaires, aux

Digitized by Google

faits sociaux, aux institutions publiques et privées (page 38). Les travaux de réforme de Grégoire VII, l'humiliation de l'empereur dans lequel le pape voulait humilier en même temps la féodalité, et les encouragements qu'il accorda aux croisades, inspirent à l'auteur un profond respect qui se traduit dans un style poétique.

En ce qui concerne ces deux derniers points, nous ne pouvons nous empêcher de regretter qu'il ait ignoré les recherches très-curieuses, quelquefois hasardées, à la vérité, de M. Eichhorn sur les rapports entre la hiérarchie et la féodalité, que ce dernier a publiées dans son *Histoire du Droit allemand*. Nous regrettons également qu'il ait omis d'examiner l'opinion qui considère le double système hiérarchique et féodal comme reposant sur une idée commune. Fût-il vrai même que M. Eichhorn, en développant cette opinion, se fût hasardé trop loin, on ne saurait nier qu'une uniformité, quelquefois surprenante, existe dans les idées et dans les institutions de la hiérarchie et de la féodalité [1]. Nous aurions désiré, en outre, que l'auteur se fût étendu davantage sur les résultats des croisades. Il eût pu consulter sur ce sujet, avec fruit, les ouvrages de MM. Heeren et Regenbogen. Les croisades ont influé profondément sur les développements du droit public en modifiant les rapports respectifs des divers États ; elles ont contribué à l'accroissement des villes ; elles ont adouci les liens du servage. On ne doit pas non plus, dans l'histoire du droit, perdre de vue ce point important, à savoir la part active que les papes ont prise au développement du droit public. Les décisions arbitrales et les sentences rendues par eux comme chefs de la chrétienté constituaient, en ces temps de prépondérance de la force brutale, alors que les grands et les forts ne respectaient aucune loi, le frein unique qui arrêtait les brutalités et les injustices de ces derniers : car ils craignaient l'autorité morale des papes qui intervenaient en même temps dans les querelles des grands seigneurs entre eux et posaient des principes équitables, conformes au droit des gens, sur les conditions auxquelles étaient astreintes les guerres privées, sur la protection qui était due aux étrangers, etc.

Dans le chapitre suivant, sur l'esprit de la royauté féodale et de ses institutions, M. Laferrière établit que Hugues Capet, qui tirait ses droits de l'élection seule, avait dû ménager à la fois les

[1] V. sur ce parallèle, t. III, p. 218 et 516. (*Note du trad.*)

Digitized by Google

grands et l'Eglise (page 44). Il fait ressortir le caractère spécial du roi de France qui, à son titre de roi, réunissait les qualités distinctes de seigneur propriétaire, de haut seigneur immédiat et de seigneur suzerain. La royauté réunissait ainsi deux éléments qui, au premier abord, semblent s'exclure; et de cet antagonisme est née la position anormale que la royauté féodale a occupée. Le principe d'unité politique, qui avait disparu complétement dans les troubles de l'anarchie féodale, commençait à poindre à l'horizon. Déjà les anciennes chroniques disaient qu'il était du devoir du roi de protéger les faibles et de comprimer avec énergie les usurpations des tyrans qui troublaient la paix intérieure. Le système féodal n'était pas propre à faire triompher l'idée d'unité politique. Mais au milieu de l'anarchie féodale, trois institutions conduisaient insensiblement à cette unité qui allait devenir le principe progressif de la monarchie française. C'étaient: 1° le droit de réunion des fiefs au domaine de la couronne que nous avons déjà mentionné; 2° l'organisation et l'action générale de la pairie en France; 3° le développement de la justice royale (page 49). On lira avec intérêt les investigations curieuses sur le caractère et l'influence de ces trois institutions dont l'auteur nous donne les résultats. Comment l'action centrale de la royauté pouvait-elle s'établir au milieu du morcellement général? C'est qu'à côté du principe de division qui avait produit la féodalité, celui du droit de réunion en faveur du domaine de la couronne s'était élevé. Il agissait d'abord par la dévolution au domaine des biens du prince devenu roi. Les biens patrimoniaux et les acquêts que possédait le roi le jour de son avénement au trône, ceux qu'il acquérait pendant son règne par acte public ou privé, par mariage, succession, donation ou droit de retour et qu'il laissait à son décès, tous étaient réunis ou dévolus au domaine royal. Le domaine acquérait également tout ce qui advenait par traités, capitulation ou conquête, et le principe de dévolution ou de réunion a fini par recomposer et constituer définitivement l'unité territoriale du royaume. L'auteur retrace en traits profonds l'origine et les progrès du domaine de propriété et du domaine de haute seigneurie; il donne par ordre chronologique le tableau des prévôtés qui ont été réunies successivement au domaine de la couronne (pages 59, 60). Il trace ensuite une bonne histoire de la pairie et explique la dénomination de *pairs* qui a varié aux diverses époques. Il distingue deux éléments

Digitized by Google

dans la pairie : 1° le rapport d'égalité qui existe entre les personnes de chaque classe ou association; 2° la participation des individus au jugement des membres de leur classe. Le système féodal a incontestablement exercé une action profonde sur cette institution; les vassaux comme pairs se réunissaient en cour, et les documents du XIIIe siècle font déjà mention des *pairs du royaume* formant une espèce de conseil du roi; ils font en outre aussi mention d'une cour des pairs qui devait acquérir bientôt une grande importance politique, et rendait dans les contestations des grands vassaux des arrêts d'une haute portée. — Les justices seigneuriales constituaient un des rapports puissants de la royauté. Comme partout ailleurs, plusieurs systèmes partagent les auteurs français sur l'origine des justices seigneuriales. Dumoulin rattache leur origine à la novelle 80 de Justinien; Loyseau l'attribue à l'usurpation des seigneurs sur la justice royale; Montesquieu la rapporte à la nature même du service féodal et regarde la justice comme une dépendance du fief. Parmi les auteurs contemporains, MM. Pardessus, Beugnot et autres adoptent la doctrine de Montesquieu, tandis que M. Championnière, le profond investigateur des origines du droit, fait remonter l'origine des justices seigneuriales aux traditions romaines et à la distinction que les documents de la basse latinité établissent entre les mots *honor* et *beneficium*, auxquels correspondraient ceux de justice et de fief. Au milieu de ces opinions contradictoires, notre auteur pose la sienne, fort ingénieuse. Suivant lui, les justices seigneuriales s'identifieraient avec les jugements de bénéfices et de fiefs par les pairs. Elles seraient aussi anciennes que les fiefs et confondues dans la même origine; elles se seraient produites à l'époque où les bénéfices ont passé de l'état viager à l'état héréditaire, où la pairie personnelle est devenue la pairie réelle. Cette opinion se rapproche beaucoup de celle que les recherches de notre studieuse Allemagne ont établie comme la seule véritable, mais elle n'explique pas tout. L'auteur est trop disposé à attribuer à la féodalité les institutions du moyen âge, et nous exprimons de nouveau le regret que les travaux des historiens allemands lui soient restés en grande partie inconnus. Nous pensons que l'ancienne *emunitas* renferme la véritable explication de la justice patrimoniale. Les chartes royales *de Emunitate* avaient précisément pour but de faire administrer le ressort de la terre noble ou du chapitre, dit *emunis*, par des juges royaux.

Digitized by Google

L'*emunitas* s'y développait rapidement; c'est ce qui explique comment les grands chapitres et les monastères, après avoir obtenu de pareilles chartes d'immunité, ont pu acquérir la justice patrimoniale. Les documents français, comme ceux de l'Allemagne, contiennent des preuves abondantes à l'appui de cette opinion. Je conviens au surplus qu'en France, où l'action de la féodalité a été beaucoup plus profonde qu'en Allemagne, elle a contribué également aux développements de la justice et qu'elle explique plusieurs passages curieux cités par l'auteur (page 100)[1]. Malgré cette extension des justices seigneuriales, l'unité de la justice royale prenait en France un caractère beaucoup plus énergique que dans les autres pays. Elle fut représentée par la cour du roi, et dans les provinces du domaine de la couronne par les prévôts et les baillis royaux (pages 105-115). L'institution des *cas royaux*, c'est-à-dire des causes qui intéressaient le roi et devaient être jugées par les baillis dans les terres seigneuriales, devint un moyen efficace d'étendre la sphère d'action de la justice royale. L'appel au roi des jugements rendus par les justices seigneuriales fut un second moyen bien plus puissant que le premier. Il fut établi en principe et soutenu avec énergie qu'on pouvait interjeter appel de toutes les décisions rendues par les justices seigneuriales et les porter devant les juges royaux.

Au nombre des éléments les plus puissants de la civilisation du moyen âge, il faut compter l'émancipation des communes qui forment un excellent chapitre du présent volume (page 122). M. Laferrière indique la variété des conditions d'existence et d'administration des villes au moyen âge. Les villes d'un ordre inférieur étaient livrées à tous les excès de la tyrannie féodale; leurs populations languissaient dans le servage et la misère. Celles d'un ordre plus élevé, anciens municipes romains, anciennes villes libres ou alliées, colonies latines et italiennes, cités épiscopales ou curies gallo-romaines, étaient encore protégées à divers degrés par les débris d'organisation municipale. La commune, dit l'auteur à la page 124, est la première pensée politique; elle a réalisé sous la tutelle du pouvoir royal la liberté, l'égalité des citoyens. Le tiers état est sorti de la révolution des communes. Il dresse une classification intéressante des com-

[1] On trouve dans le troisième volume, page 428 et suivantes, et 519 à l'appendice, une opinion qui se rapproche beaucoup de celle de M. Mittermaier. (*Note du trad.*)

Digitized by Google

munes par grandes régions d'après leur caractère fondamental et trace une sorte de topographie communale. Dans la région du nord, les chartes des communes sont en général des traités de paix entre la ville et son seigneur après une insurrection populaire. Dans celles de l'ouest, on ne trouve aucune intervention de la royauté en faveur de l'affranchissement des communes; toutes les chartes sont de concession seigneuriale. Dans celles du centre paraissent les grandes villes de la bourgeoisie privilégiées quant aux droits civils, mais sans libertés politiques. Dans celles de l'ouest et du sud-est domine le système régulier d'une double assemblée représentative, d'un grand et d'un petit conseil convoqué périodiquement. Enfin la région du midi, moins abondante en chartes de commune proprement dites, offre une foule de monuments de législation municipale, lois de justice et de police, lois d'élection pour les magistratures, lois organiques pour la forme des constitutions existantes. — L'organisation municipale, la justice municipale, la profonde influence que la révolution des communes a exercée sur la société remplissent ce chapitre (pages 135 et suiv.). La révolution des communes fut un mouvement trop général et trop profond dans la société pour que les campagnes ne s'en fussent pas ressenties, et l'affranchissement des serfs, en s'étendant sur une plus grande échelle, fut un commencement d'émancipation. En même temps l'usage s'établissait de concéder des terres sous des conditions de cens, de redevances et de corvées, tant personnelles que réelles. La royauté féodale, par suite de la révolution communale, devint un pouvoir central et suzerain. La société, qui, avant l'émancipation des communes, avait le caractère d'une société féodale, prit un caractère général et national après leur émancipation et leur alliance avec la royauté. Celle-ci apparut aux yeux des villes comme un pouvoir revêtu du droit de protection, de sanction, de surveillance et de réforme des communes. L'action législative de la royauté s'exerçait par des chartes accordées tantôt aux villes et communes, tantôt aux villes du domaine (villes de bourgeoisie). L'aperçu sur le caractère des chartes de diverses espèces forme ce qu'on a écrit de mieux de nos jours sur la vie municipale. Cet aperçu est suivi d'un coup d'œil sur les corporations (pages 147-165).

Le dixième chapitre retrace l'état des écoles pendant le moyen âge jusqu'au XIIIe siècle, l'influence de plusieurs hommes impor-

Digitized by Google

tants sur la culture de leur époque, tels que Jean Scot, surnommé Erigena (page 209). Parmi les écoles, nous distinguons celles de Reims, de Chartres, dont Fulbert était le principal ornement (page 223), de Liége et de Tours (page 216), et surtout celle de Paris. L'auteur, en s'arrêtant aux écoles de Paris, retrace leurs développements, l'esprit scolastique des études, l'influence d'Abailard, les discussions entre les nominaux et les universaux, l'importance des travaux de Pierre Lombard et l'origine légale de l'Université de Paris comme corporation (pages 235-272).

Un chapitre précieux est le cinquième, qui expose la renaissance du droit romain par celui de Justinien, et l'enseignement nouveau du droit canonique dans les universités du moyen âge (page 273). L'auteur rend ici pleine justice aux travaux de M. de Savigny, mais il pense que ce dernier a moins fait pour l'histoire du droit romain en France que pour celle du droit en Italie. Il se pose le problème de rechercher 1° quelle partie du droit de Justinien était connue et suivie en France avant la fin du XIe siècle; 2° quels sont les monuments d'origine française qui ont employé les diverses collections de Justinien; 3° quel est l'auteur présumé de leur introduction en France pendant le moyen âge. Il rappelle d'abord le vif intérêt que Théodoric, surnommé le Grand, roi des Goths, portait à la civilisation romaine (sur ce point encore il eût pu consulter avec fruit d'importants travaux publiés récemment en Allemagne). L'état des documents propres à la France lui donne la conviction que dans la première moitié du moyen âge, du VIe à la fin du XIe siècle, le droit romain est resté inconnu en France. Il parcourt ensuite ces documents qui contiennent des traces du droit romain. Il examine la signification de l'expression *lex romana* dans ces documents. Nous regrettons que l'auteur n'ait pas consulté les récentes recherches très-profondes de M. Hânel et la dissertation de Stobbe, intitulée : *de Lege romana* (Utinensi Regiom. 1853), où ce dernier a fixé la vraie patrie de cette collection connue sous le nom de *lex romana* (Chur, en Suisse) et en a démontré l'importance. — Nous attachons un grand prix au travail sur les deux premiers monuments du moyen âge où se trouvent employées en France et citées expressément les collections du droit de Justinien. Ce sont : le recueil canonique appelé décret d'Yves de Chartres (*decretum Yvonis*) et le recueil de Petrus intitulé : *Petri exceptiones legum roman.* (page 292). Tandis que M. de Savigny accorde la

Digitized by Google

priorité d'origine au recueil de Petrus, M. Laferrière, par des motifs que nous croyons fondés, la donne au décret d'Yves. En résumé, il établit qu'en France, du VIe à la fin du XIe siècle, le droit romain dont l'action s'est fait sentir dans la pratique et les mœurs était non le droit de Justinien, mais le droit de Théodoric et d'Alaric; que, cependant au XIe siècle, les Novelles de Justinien, contenues dans l'abrégé du patrice Julien, étaient employées dans les écrits et les documents; qu'à l'égard du droit des Pandectes, du Code et des Institutes, il n'a commencé à être connu en France qu'à la fin du XIe siècle et que les premiers témoignages à ce sujet résultent du décret d'Yves de Chartres et du livre de Petrus. Il prouve ensuite que c'est par Lanfranc, devenu directeur de l'abbaye de Bec en Normandie, qu'Yves de Chartres, son disciple, a dû être initié à la connaissance des lois de Justinien. Nous devons aux laborieuses recherches de M. Charma, à Caen, une nouvelle notice biographique et littéraire sur Lanfranc, qu'il a tirée de sources jusqu'alors inconnues. Elle est insérée dans les mémoires de la Société des antiquaires de Normandie, Paris, 1850, vol. VII, page 455. Cette notice nous a fait connaître toute la richesse du savoir de Lanfranc.

L'auteur s'arrête ensuite aux écoles de Bologne et de Paris et il expose le mode d'enseignement alors en vigueur (page 309). Ce qu'il dit sur Bologne est assez connu en Allemagne, mais on trouvera beaucoup de détails nouveaux sur l'enseignement du droit à Paris. Les notices sur l'influence que l'étude du droit romain produisait en France, forment une partie des plus importantes du présent volume. L'auteur observe que les légistes français saisirent vivement le côté utile de la renaissance du droit, et qu'ils travaillèrent avec une infatigable persévérance à en faire l'application aux usages du pays (p. 325). Il paraît en effet que le sens pratique propre aux Français s'est révélé de bonne heure dans ces efforts. C'est ce qui explique les fréquentes traductions du droit romain dans la langue vulgaire; les bibliothèques publiques, en France, en possèdent encore aujourd'hui plusieurs, fort curieuses. On sait que les canonistes opposèrent une vive résistance à l'autorité du droit romain et la fameuse décrétale *Super specula* de 1220 en contient la preuve. L'auteur donne des détails intéressants sur cette décrétale. Il démontre que deux opinions différentes se sont formées parmi les anciens jurisconsultes français, sur le sens et l'application de la décrétale : l'une,

Digitized by Google

que l'interdiction de l'étude et de l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris n'était relative qu'aux ecclésiastiques; l'autre, qu'elle était absolue et concernait aussi les laïques. La première est l'opinion professée par Hevin, Doujat, Bouhier ; la seconde est soutenue par Cironius. Il est intéressant de voir comment les opinions étaient partagées dans l'Université de Paris même, et comment le parlement de cette ville se rangea du côté de ceux qui étaient favorables à l'enseignement du droit romain (p. 334). La décrétale *Super specula*, en écartant cet enseignement de l'Université de Paris, seconda le succès d'une école de droit civil à Orléans. Nous attachons également une grande valeur aux notices sur l'enseignement du droit romain à Orléans, à Montpellier et à Toulouse. Nous apprenons les noms de plusieurs légistes considérables qui enseignaient alors, et dont les ouvrages sont presque inconnus en Allemagne, tels que Pierre d'Aurillac (Voir la notice importante qu'a publiée sur lui M. de Parieu, dans le *Revue de législation*, vol. XX, p. 417). Nous n'avons pas lu avec moins d'intérêt les observations sur l'enseignement du droit canonique, notamment sur l'influence du *Speculum juris* de Duranti et de l'*Ordo judicialis* de Tancrède (p. 385 et 393). Nous eussions désiré seulement que l'auteur se fût étendu davantage sur les efforts que Duranti et Tancrède ont faits pour la science de la procédure, et qu'à cet effet il eût consulté les derniers travaux de l'Allemagne.

Le livre sixième est consacré au droit privé de l'école féodale du moyen âge. Joint aux excellentes dissertations de M. Giraud, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des chartes* (1851, mai, p. 415, et nov., p. 436), le travail qui remplit le VIe livre a vraiment enrichi la science historique du droit. Dans plusieurs parties de ce livre, toutefois, on remarque l'influence d'une opinion encore fort répandue en France, qui met exclusivement sur le compte de la féodalité plusieurs institutions qu'expliquent le plus sûrement les idées germaniques qui se sont manifestées déjà dès l'époque franque. On ne saurait nier à la vérité que les mêmes idées germaniques qui, dans d'autres pays, expliquent les institutions et les axiomes reconnus comme dérivés du droit allemand, se sont modifiées dans ce pays d'une manière particulière sous l'influence de la féodalité, influence qui y a pénétré beaucoup plus profondément qu'en Allemagne. — Nous nous arrêtons avec intérêt aux recherches sur la condition de la propriété territoriale,

Digitized by Google

sur les bénéfices et sur les fiefs (p. 405-406). Il est incontestable que l'envahissement de la féodalité absolue dans tous les rapports s'est formulé dans la maxime : *nulle terre sans seigneur*. Il est très-vrai encore que par rapport à cette influence de la féodalité sur le droit, il a existé une distinction importante entre le Nord et le Midi (p. 417). L'invasion des Francs n'avait pas été aussi forte au midi qu'au nord de la Gaule, les vainqueurs ne s'étant établis qu'en petit nombre dans les provinces méridionales. Ils y succédaient à la conquête des Visigoths qui avaient déjà fait précédemment avec les habitants du pays le partage des terres ; et plusieurs circonstances favorables eurent pour effet qu'à côté de la nouvelle propriété des fiefs se maintint avec avantage l'ancienne propriété des alleux ou terres libres. De là cette grave conséquence pour l'histoire du droit : la maxime *nulle terre sans seigneur*, qui a été appliquée dans les Coutumes du Nord et de l'Ouest comme un principe général, n'a pas eu le même empire dans le Midi. Je trouve la condition correspondante des terres et des personnes très-bien expliquée. La féodalité absolue fit sentir son empire aux étrangers et aux bâtards en les assimilant aux serfs (p. 425). Après avoir atteint son apogée du xe au xie siècle, la féodalité de la seconde moitié du xie siècle est descendue vers une période de décroissance. Le premier mouvement fait en dehors de la féodalité absolue c'est l'affranchissement des serfs. De nouveaux rapports surgissent qui, sous diverses formes, ont pour base l'obligation commune de payer le cens (p. 435-436). On suit avec intérêt les recherches sur les corvées, sur les droits de lods et ventes (*laudemia*), sur les droits des nobles et des roturiers, sur les droits de famille, par exemple, sur les tutelles (p. 442). Le tableau des monuments du droit féodal, nés hors de France, mais ayant avec la féodalité française des rapports d'origine et d'influence, termine le volume. Une belle esquisse de l'esprit et du contenu des Assises de Jérusalem, du *Liber consuetudinum* et du *Liber feudorum*, pour lesquels la science allemande a fourni récemment d'importants travaux, témoignent de la manière propre à l'auteur, de sa conception ingénieuse et profonde à la fois des anciennes sources et de leurs rapports entre eux. L'historien du droit allemand se trouvera vivement attiré par cette manière large d'envisager et d'expliquer l'histoire : il conviendra que si certains travaux allemands étalent une érudition encore plus grande et plus profonde, ils le cèdent souvent de

Digitized by Google

beaucoup à l'ouvrage de M. Laferrière sous le rapport de l'originalité des vues et de l'exposition.

MITTERMAIER.

NOTICE NÉCROLOGIQUE SUR CORNEILLE ANNE DEN TEX.

Les Pays-Bas viennent de perdre un de leurs jurisconsultes les plus distingués, un de leurs savants les plus laborieux. Corneille Anne Den Tex, né à Tilburg, dans le Brabant septentrional, le 30 août 1795, vient de terminer une vie des plus utiles et des mieux remplies à Amsterdam le 9 avril dernier ; il était à peine âgé de cinquante-huit ans, son pays et la science du droit pouvaient donc espérer encore de longs et utiles services.

La patrie de Den Tex occupe une haute position parmi les peuples civilisés, quoique les Pays-Bas ne tiennent sous le rapport géographique et sous celui de la population qu'un rang très-secondaire. En effet, aucune gloire n'est restée étrangère au peuple hollandais; il a connu celle des armes comme celle des lettres; celle des arts comme celle des sciences. Sa probité, son expérience commerciale sont proverbiales. Par conséquent, être un citoyen éminent dans un tel pays, être un jurisconsulte distingué dans la patrie de Grotius, de Noodt, de Voet, de Bynkershoek, c'est être digne d'appeler sur soi les regards du monde savant. Nous ne pensons donc pas uniquement remplir un pieux devoir envers un maître honoré et aimé, en faisant connaître aux jurisconsultes français cette vie si utile, cette carrière si glorieuse.

Né d'une modeste famille du Brabant septentrional, Den Tex a dû uniquement à son infatigable amour du travail, l'avantage d'arriver aux plus hautes positions dans l'enseignement et dans l'administration, ainsi que l'honneur de siéger parmi les législateurs de son pays pendant une longue suite d'années.

Il reçut sa première éducation classique au lycée (que les Hollandais appellent *école latine*) d'Utrecht; et c'est à l'Université de cette même ville qu'il étudia les lettres et le droit. Il montra de bonne heure que les sciences et les lettres, aussi bien que les arts, trouveraient également un jour en lui un partisan

Digitized by Google

zélé et un protecteur bienveillant. La philosophie et la musique furent pour Den Tex, pendant les sévères études du droit, un délassement favori. Ses premières publications en portèrent l'empreinte. En septembre 1816, il conquit le grade de docteur ès lettres par la publication et la défense d'une dissertation : *De vi musices ad excolendum hominem e sententia Platonis* (De l'opinion de Platon, concernant l'influence de la musique sur la civilisation humaine). Dans le mois de décembre suivant, il obtint ses grades en droit par la publication et la défense d'une autre monographie : *De antiqui juris principiis in excolendâ jurisprudentiâ romanâ constanter servatis*. En mars de l'année suivante, Den Tex se vit couronné à l'occasion d'un concours proposé par la Faculté de droit d'Utrecht : *De liberâ civium facultate migrandi e patriâ*.

Ces trois succès avaient eu pour résultat de poser le jeune savant en évidence. A peine resta-t-il deux ans au barreau d'Utrecht, et dès 1820, il fut nommé professeur de droit à l'Athénée [1] d'Amsterdam, en remplacement de Cras. Ce professorat y fut exercé pendant trente-deux années par Den Tex, qui refusa plusieurs fois des chaires aux Facultés de Leyde et d'Utrecht. Une grande partie de la génération actuelle des hommes d'État, des jurisconsultes et des praticiens de la Hollande a été formée par lui, et beaucoup d'entre eux sont restés ses meilleurs amis, car la bonté, l'aménité et le désir de servir étaient chez cet homme de bien poussés à l'extrême ; ses vastes connaissances bibliographiques, comme sa riche bibliothèque, étaient au service de tout le monde.

L'enseignement du droit à l'Athénée d'Amsterdam étant partagé entre deux professeurs seulement, Den Tex avait dans ses attributions : l'encyclopédie du droit, la philosophie du droit, le droit public, le droit pénal, le droit des gens, l'économie politique et la statistique. Il était également versé dans toutes ces branches et parfaitement au courant de tout ce qui se publiait de remarquable dans l'Europe entière.

A côté de cet enseignement laborieux (Den Tex donnait jusqu'à cinq ou six cours par jour), l'infatigable professeur trou-

[1] Il y a dans le royaume des Pays-Bas trois universités : Leyde, Utrecht et Groningue, et trois Athénées, ou trois universités de deuxième ordre, à Amsterdam, Franeker et Leeuwaerden.

Digitized by Google

vait le temps et le moyen d'être utile à son pays et à ses concitoyens dans une foule d'autres positions.

Le 19 juillet 1822, l'Institut royal néerlandais le nomma membre titulaire pour la classe des beaux-arts (car Den Tex était bon musicien et même compositeur), et deux années plus tard pour la classe des sciences, dont il devint même secrétaire perpétuel en 1827. Il garda ces fonctions jusqu'à la fin de 1851, époque où l'Institut cessa d'exister par suite de nécessités budgétaires.

Mais de plus hautes destinées attendaient cet homme modeste dont la capacité et le talent étaient cependant si variés. Dans un pays libre et constitutionnel, sa place dans les conseils de son pays était marquée d'avance. Dès le commencement de l'année 1842, élu membre de la seconde chambre des états généraux par la capitale, Den Tex a représenté la ville d'Amsterdam pendant sept années consécutives. Sa participation aux travaux du Code pénal, en 1842 et 1843, lui valut l'honneur d'être nommé rapporteur dans la session de 1845-1846, lors de la révision de ce même projet de Code pénal, véritable travail de Pénélope, dont les Hollandais poursuivent en vain l'achèvement depuis quarante ans [1]. Il se montra, en cette occasion, savant criminaliste autant que législateur humain. Lors de la réforme monétaire, Den Tex s'opposa avec chaleur au système du double étalon et contribua, pour sa part, à répandre les saines doctrines qui prévalurent et conduisirent plus tard à la démonétisation de l'or; mesure sage et prévoyante qui vaudra à la Hollande le grand avantage de ne pas se voir impliquée un jour dans les embarras monétaires, que l'abondante extraction de l'or fera peser sur les pays qui s'obstinent à garder le double étalon des deux métaux précieux.

Den Tex avait des idées libérales en politique comme en économie sociale; il savait défendre la vraie et sage liberté partout où il le pouvait. Ses discours sur les lois-céréales, où il se posa en défenseur de la libre importation de cette denrée de première

[1] La Hollande possède depuis 1838 son Code civil, son Code de commerce, et sa procédure civile et criminelle. Le Code pénal seul est encore en projet, de manière que c'est le Code français de 1810, modifié par des lois partielles, qui régit encore aujourd'hui la criminalité dans le royaume des Pays-Bas. Nous avons publié un travail sur ces modifications dans la *Revue étrangère et française de législation* de Fœlix (livraison de mars 1837). Nous avons également donné des notices sur chacun des codes néerlandais dans le même recueil (V. les livraisons de mars, avril et mai 1839).

Digitized by Google

nécessité; ses propositions réitérées, en 1845 et 1846, en faveur de la révision de la Constitution néerlandaise dans un sens plus libéral, en furent les preuves irrécusables. Aussi lorsque, en 1848, le gouvernement hollandais jugea le moment venu de ne pas refuser plus longtemps ce vœu de la nation, Den Tex fut membre de la double chambre, qui, selon l'ancienne Constitution, devait accomplir cette révision.

Là ne se bornèrent pas pour lui les honneurs et les dignités. En 1847, Den Tex fut nommé conseiller d'Etat en service extraordinaire; l'année suivante, l'estime et le vote de ses concitoyens l'appelèrent au sein de la députation provinciale de la Hollande septentrionale; dignités qu'il garda jusqu'au moment où la maladie à laquelle il a succombé, le força de donner sa démission.

Décoré de l'ordre du Lion Hollandais ainsi que de la croix du Sauveur, de Grèce, l'homme éminent dont nous déplorons la perte, fut encore administrateur des écoles gratuites, et l'âme de toutes les associations scientifiques, philanthropiques et artistiques de la capitale.

Les travaux sans nombre que Den Tex a laissés sur presque toutes les branches de la science du droit se composent, en majeure partie, de dissertations et d'articles insérés dans les *Mémoires de l'Institut royal néerlandais*, et dans le *Recueil juridique*[1], qu'il fonda en 1826, de concert avec le professeur Jacob Van Hall, recueil dont il a été le plus zélé collaborateur pendant plus d'un quart de siècle, qui est encore aujourd'hui l'organe principal de la littérature juridique en Hollande [2]. Les critiques bibliographiques qu'il a publiées dans la même *Revue* pendant un grand nombre d'années dénotent un esprit sûr et judicieux en même temps qu'ils témoignent d'une connaissance remarquablement vaste de toutes les productions de l'Europe juridique.

Parmi ses publications séparées, nous nous contenterons de citer ses *Observations sur le projet du Code d'instruction criminelle* (Amsterdam, 1829); ses *Différends* entre les Pays-Bas et la Belgique, concernant la navigation fluviale (Amsterdam, 1833); ses *Discours* sur les lois-céréales (Amsterdam, 1847); et enfin son *Encyclopedia jurisprudentiæ* (Amsterdam, 1843), livre classique dans son genre.

[1] *Bydragen tot Regtsgeleerdheid en wetgeving.*

[2] Depuis quelques années sous le titre : *Nederlandschen Jaarbooken voor Regtsgeleerdheid en wetgeving.*

Digitized by Google

Il va sans dire que Den Tex avait été membre de toutes les sociétés savantes de sa patrie, qui en compte un nombre très-considérable. Le Danemark, la Saxe, la Grèce avaient également reconnu son mérite, le premier, en le nommant membre de la *Nordske Oldskrift Selskab* à Copenhague; la seconde, en le recevant dans le sein de la société historique Thuringienne-Saxonne; la Grèce, enfin, en l'adoptant parmi les membres de la société archéologique d'Athènes.

Mais tous ces honneurs publics ne furent rien en comparaison de l'estime et de l'attachement que lui portaient ses disciples, ses amis et ses collègues, enfin tous ceux à qui il avait été donné d'être en rapport avec cet homme de bien. C'était, en un mot, la profondeur et la science allemande unies à l'aménité et au sens pratique français. Puisse la lacune que Den Tex laisse dans son pays être un jour dignement remplie!.....

Louis J. KOENIGSWARTER,

Membre correspondant de l'Institut de France.

QUESTIONS SUR LA VENTE.

Par M. George Genreau, avocat.

Parmi les matières du droit privé, la vente est une de celles qui donnent lieu aux plus fréquentes controverses, par la multiplicité infinie de ses applications; la doctrine et la jurisprudence agitent chaque jour les questions les plus graves sur ce sujet, dont les difficultés vont devenir plus nombreuses encore par suite de la loi nouvelle, relative à la transcription, qui vient d'être l'objet, dans cette Revue, d'un si remarquable examen[1].

Les premières questions qui se présentent sont celles qui ont pour objet d'établir la distinction entre la vente et certains autres contrats, comme les donations déguisées ou les donations avec charges. La jurisprudence a depuis longtemps résolu par l'affirmative le point de savoir si les donations déguisées sous la forme de ventes sont valables; mais elle n'a jamais tranché la question, inverse, de savoir si les ventes déguisées sous forme de donations sont valables, ou, en d'autres termes, si le donateur

[1] Voir l'article de M. Pont; *Revue de législation*, 1854, p. 157 et suiv.

Digitized by Google

peut, comme le vendeur à l'égard de l'acheteur, contraindre le donataire à l'exécution directe et indéfinie des charges de la donation. Qu'il nous soit permis de soumettre à cet égard une opinion contraire à celle de la majorité des auteurs.

La question est de savoir si la donation avec charges est un contrat synallagmatique, et si le donateur peut exiger et poursuivre sur tous les biens du donataire l'accomplissement des charges imposées ; ou si au contraire le donataire, étant tenu des charges non pas personnellement mais seulement sur la chose donnée, peut s'en affranchir en la délaissant et en est libéré quand elle a péri par cas fortuit.

La première de ces solutions est adoptée par Grenier, Delvincourt, Maleville, Toullier ; par MM. Duranton, Zachariæ, Dalloz et Ferry, et enfin, par un homme dont l'autorité rend les erreurs d'autant plus dangereuses, par M. Marcadé [1]. Nous croyons fermement, au contraire, et malgré tout le respect dû à des noms si considérables, qu'une donation ne doit jamais être onéreuse au donataire ; que le donataire n'est tenu que comme donataire et possesseur du bien donné ; que, par conséquent, en répudiant cette qualité et en délaissant ce bien, il peut s'affranchir des charges devenues supérieures à l'émolument.

Et d'abord, il est nécessaire qu'on soit bien d'accord sur le point préliminaire de savoir si tel ou tel acte constitue une vente ou une donation avec charges : si c'est une vente, il est certain que le cessionnaire est tenu personnellement de l'exécution de ses engagements ; le doute ne peut s'élever que s'il s'agit d'une donation avec charges. L'examen et la solution de cette question préalable appartiennent aux juges, appréciateurs des faits et interprètes de la volonté des parties ; et c'est uniquement quand il a été reconnu, en fait, que l'acte est, non pas une vente, mais une donation avec charges, que la discussion en droit peut s'engager.

La question peut être examinée au point de vue de la pure théorie, au point de vue de l'histoire, au point de vue du droit existant.

1. — Considérées dans le droit privé, les relations individuelles des citoyens ont un double mobile : l'intérêt, la générosité.

[1] Voir Grenier, Donations, 80 et suiv.; Delvincourt, tome II, p. 78, note 2 ; Maleville, tome II, p. 422 ; Toullier, tome V, n° 185 ; MM. Duranton, t. VIII, nos 17, 444 et 544 ; Zachariæ, t. V, p. 345 ; Dalloz, v° Donations ; Ferry, *Revue française et étrangère*, t. X, p. 769 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 954.

Digitized by Google

Les contrats ont donc pour but, les uns d'attribuer à chaque partie un avantage personnel en retour de l'avantage qu'elle procure à l'autre partie, les autres d'attribuer à l'une d'elles, exclusivement, un avantage qui lui est procuré par l'autre; ils se divisent donc en contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit.

Dans les contrats onéreux, chacun des contractants aliène en même temps qu'il acquiert, il tire quelque chose de son patrimoine en échange de ce qu'il reçoit; ou, si la compensation de son acquisition ne consiste pas dans une aliénation immédiate, elle consiste dans une obligation personnelle qu'il contracte et dont il est tenu sur tous ses biens. Dans les contrats gratuits, au contraire, l'un des contractants aliène sans rien acquérir, et tire un bien de son patrimoine sans rien recevoir en échange; l'autre acquiert sans rien aliéner, et reçoit un bien sans rien donner en retour; et si des charges sont imposées à la transmission, ce sont des réserves faites par le cédant sur le bien aliéné, des restrictions apportées par lui au montant de la cession, mais non des obligations personnelles imposées au cessionnaire.

Les aliénations à titre gratuit sont les donations. Inspirées par un motif plus élevé, que les aliénations onéreuses, elles sont aussi plus rares; et la loi, soit pour mieux assurer la sincérité des actes qui consacrent un dessaisissement gratuit, soit pour multiplier les chances de nullité autour de ces contrats qui dépouillent la famille légitime au profit d'un donataire, les a entourées de formalités sacramentelles qu'elle n'exige pas pour les contrats à titre onéreux; elle demande au donateur une capacité plus grande; elle impose à l'aliénation les conditions essentielles de l'acceptation et de la transcription; elle la frappe de causes diverses de rescision, comme le rapport, la réduction, la révocation pour survenance d'enfants, pour ingratitude ou pour inexécution des charges. Aussi, quand deux contractants ont eu recours à ces formes solennelles, qu'ils ont librement qualifié leur acte de donation, ils ont clairement et irrévocablement témoigné leur intention, l'un de faire une libéralité, l'autre de la recevoir; l'un d'aliéner et l'autre d'acquérir à titre purement gratuit.

Il en est ainsi, non-seulement dans les donations pures et simples, mais aussi dans les donations avec charges. Les charges sont des clauses subsidiaires qui n'ont pu former, pour aucune des parties, l'objet principal du contrat, et qui ne peuvent altérer l'essence de la libéralité. Aussi, la loi traite des donations avec

Digitized by Google

charges sous la matière même des donations pures et simples, et ne contient pour elles aucune autre disposition spéciale que celle qui en prononce la révocation pour inexécution des charges : témoignant par là cette pensée, que les charges imposées à une libéralité n'en détruisent pas le caractère, et ne peuvent avoir pour effet de substituer aux règles propres à la libéralité celles des contrats onéreux.

D'ailleurs il n'existe pas, à vrai dire, de donations pures et simples ; il n'y a que des donations avec charges, et toutes les libéralités sont grevées, soit par la convention, soit au moins par la loi, de charges corrélatives. Si le donateur, entraîné par sa générosité, a donné sans conditions et sans rien stipuler pour lui-même, la loi intervient, et apporte, en sa faveur, des restrictions à sa libéralité : elle impose au donataire l'accomplissement de cette obligation morale qui consiste dans la reconnaissance des bienfaits, et elle punit l'ingrat en lui reprenant le bien donné [1] ; elle va plus loin, et pour que le donateur n'ait pas à se repentir un jour, au sein de la misère, de sa générosité passée, elle constitue, de plein droit, le donateur créancier et le donataire débiteur d'une pension alimentaire [2]. Indépendamment de ces charges proprement dites, la loi apporte encore d'autres modifications à toutes les donations, par exemple, l'obligation d'en subir la réduction ou d'en faire le rapport, l'obligation de restituer le bien au donateur en cas de survenance d'enfant, et l'obligation de payer, jusqu'à due concurrence, les dettes auxquelles le bien est affecté.

Ainsi toutes les donations sont des donations avec charges, soit en vertu de la convention, soit en vertu de la loi ; toutes, elles comprennent un actif brut, un passif à en déduire, et un actif net qui résulte de cette déduction des charges et constitue le montant véritable de la libéralité. Ainsi, et par définition, l'émolument du donataire doit être supérieur à la somme des charges qui lui sont imposées, et une donation onéreuse au donataire est impossible. Il ne faut donc pas considérer les donations dans lesquelles le donateur a imposé des charges comme des contrats onéreux, mais comme des libéralités. Ce sont de véritables donations, qui ont pour objet l'excédant de l'émolument sur les

[1] Code Napoléon, art. 953, 955, 959.
[2] Code Napoléon, art. 965, 3°.

Digitized by Google

charges; c'est cet excédant que l'une des parties a entendu donner, que l'autre a entendu recevoir; et il suit de là que du moment où l'actif est absorbé par le passif, où les charges égalent l'émolument, il n'y a plus de libéralité, et la donation est anéantie.

Telle est la nature des choses; telle a dû être aussi l'intention des parties. C'est librement qu'elles ont contracté, et qu'elles ont qualifié leur contrat; elles l'ont appelé donation, appelant par là l'application, non pas des règles des contrats onéreux, mais de celles des libéralités. L'une des parties a pris le nom de donateur, déclarant ainsi que si elle cédait son bien, c'était par générosité et à titre de don, et qu'elle voulait honorer le donataire, et non l'onérer. L'autre partie a accepté la position de donataire; si elle prend le bien, c'est gratuitement et à titre de bienfait; elle entend recevoir sans rien donner en échange, et acquérir sans pour cela contracter une dette.

Des charges ont été apposées à la donation; mais de quelle manière, et quelle a été l'intention des parties? A leurs yeux ce sont là, non pas la compensation de la libéralité, non pas des engagements personnels qui doivent peser sur la fortune tout entière du donataire, mais seulement des restrictions apportées au montant de la donation, une déduction à faire de l'actif brut pour arriver au véritable émolument. Si le donateur n'a pas expressément stipulé que le donataire serait obligé personnellement et indéfiniment, tout concourt à la décision contraire : la nature de l'engagement, qui ne permet pas de considérer le donataire comme un débiteur [1]; l'esprit de la loi, qui interprète le doute en faveur de la liberté et non en faveur des obligations personnelles [2]; le nom du contrat, la qualité qu'a prise le cédant, celle que le cessionnaire a acceptée. Peu importe l'intention du donateur d'engager personnellement le donataire, s'il ne l'a expressément formulée dans l'acte; ce serait là une volonté illibérale qui doit rester sans effet, et un piége tendu au donataire, piége involontaire peut-être, mais d'autant plus dangereux qu'il est caché sous le voile d'un profit.

Ce n'est donc que par une clause formelle que le donataire devient débiteur personnel du donateur. L'état normal, en effet, dans les rapports des individus entre eux, n'est pas la relation

[1] Code Napoléon, art. 1158.
[2] Code Napoléon, art. 1162.

Digitized by Google

de créancier à débiteur; c'est la liberté, l'indépendance de tout lien. La loi ne présume ni les créances d'une part ni les dettes de l'autre; il faut qu'elles soient prouvées. « Dans le doute, dit M. Troplong, on doit toujours présumer que l'acquéreur n'a voulu s'obliger que comme tiers détenteur; car l'obligation personnelle est une aggravation qui ne doit pas être facilement admise; il faut qu'elle soit prouvée [1]. » Si donc il n'a pas été question d'engagements personnels du donataire, il n'est tenu que comme détenteur ; et la charge, pesant uniquement sur le bien donné, n'en peut excéder la valeur, et s'éteint par le déguerpissement. Sa situation n'est autre que celle du possesseur d'un bien hypothéqué, à l'égard des charges qui grèvent ce bien [2] ; du propriétaire d'un fonds servant, à l'égard des frais d'entretien de la servitude [3]; de l'usufruitier, du commodataire, du dépositaire, du propriétaire d'un mur mitoyen [4], du créancier antichrésiste, de tous ceux, en un mot, qui sont tenus, non en leur nom propre et sur tous leurs biens, mais en une certaine qualité qu'ils peuvent répudier et sur un bien déterminé qu'ils peuvent délaisser.

Ainsi, la conclusion à laquelle on arrive *à priori*, c'est que les charges imposées à une donation sont présumées être des charges réelles grevant le bien donné, et non des obligations personnelles pesant sur la fortune entière du donataire; que ce sera au donateur de faire la preuve contraire, résultant, soit de l'acte même, soit d'autres titres émanés du donataire.

II. — Examinons maintenant les origines du droit sur cette matière, et cherchons brièvement la pensée du législateur dans le droit romain, dans le droit ancien, dans les travaux préparatoires du Code Napoléon.

Quelle était la décision du droit romain ? Le président Faber [5], Catellan [6] et Ferrière [7] répondent qu'à Rome le donataire était tenu *ultra vires donationis*, et ils se fondent sur les lois 9 et 22, au Code, *de Donationibus* [8]. Mais ces deux textes ne résolvent

[1] M. Troplong, *Commentaire des hypothèques*, t. III, n° 824.
[2] Code Napoléon, art. 2174.
[3] *Id.*, art. 699.
[4] *Id.*, art. 656.
[5] Code, liv. VIII, titre XXXVII, déf. 4.
[6] Livre V, chap. XXIV.
[7] *Coutume de Paris*, titre XIII, § 1, n° 2.
[8] Loi 9 : « Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi

Digitized by Google

nullement la question de savoir si le donataire est tenu des charges *ultra vires*, ni s'il en est tenu quand la chose donnée a péri; ils se bornent à poser ce principe incontestable, que le donataire, une fois mis en possession, doit remplir les charges de la donation. Au contraire, la loi 28, *principium*, Digeste, *de Donationibus*, suppose le cas d'une donation mêlée à un contrat onéreux, et statue que, pour la part afférente à la donation, le cessionnaire n'est pas personnellement engagé : « *Aristo ait, quum mixtum sit negotium cum donatione,* OBLIGATIONEM NON CONTRAHI EO CASU QUO DONATIO EST; *et ita et Pomponius eum existimare refert.* »

Tel était le droit romain. Dans le droit ancien, les auteurs n'étaient pas d'accord, et Ricard soutenait contre Furgole la responsabilité personnelle et indéfinie du donataire avec charges; mais Ricard se donnait à lui-même un démenti en admettant, dans une question analogue, que le donataire universel peut se libérer, par le délaissement des biens donnés, de l'obligation de payer les dettes du donateur [1]; et cette solution était également adoptée par Pothier [2] : or la raison de décider est la même dans les deux cas, et consiste dans ce principe, que le donataire n'est tenu que comme détenteur. Les textes étaient, d'ailleurs, favorables à l'opinion de Furgole, et l'ordonnance de 1731 contient deux applications de cette règle, que le donataire peut renoncer à la donation : l'une dans son article 18, qui dispose que le donataire des biens présents avec charge de payer toutes les dettes de la succession, est tenu « *s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation;* » l'autre dans son article 36, qui dispose que le donataire des biens présents et à venir est tenu de verser entre les mains

prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio, id est, præscriptis verbis, *apud præsidem provinciæ debes agere, ut hanc impleri provideat.* »

Loi 22 : Eum autem, cui certâ lege prædia donâsti, incertâ actione civili ad placitorum obsequia *urgeri secundum legem donationibus dictam convenit.* »

[1] Ricard, *Donations*, partie III, chap. II, nº 1516 : « La véritable obligation dont les légataires et donataires universels sont tenus, ne résultant que de la chose, l'action personnelle que nous donnons aux créanciers contre eux n'étant qu'indirecte, *personalis in rem*, ou plutôt *ob rem*, il s'ensuit qu'ils ne peuvent être tenus des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'ils profitent des biens du défunt, et que sitôt qu'ils en sont évincés *ou qu'ils les ont abandonnés volontairement*, l'action que les créanciers avaient contre eux cesse absolument; aussi cette doctrine ne reçoit pas de doutes dans notre usage. »

[2] Pothier, *Traité des successions*, chap. V, art. 3, § 1. — « A l'égard des

Digitized by Google

des héritiers du donateur le montant de leur réserve, « *sauf au donataire, dans tous les cas portés par le présent article, de renoncer si bon lui semble à la donation* [1]. »

Les rédacteurs du Code ont-ils voulu changer ces principes, et faire de la donation un contrat synallagmatique? Pour se convaincre du contraire il suffit de consulter les travaux préparatoires. Dans le projet présenté à la séance du conseil d'État du 27 janvier 1803, l'art. 2, contenant la définition de la donation, commençait ainsi : « *La donation est un contrat par lequel*, » etc. Le premier Consul attaque ce mot de *contrat* appliqué à la donation ; il dit « *que le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants, qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la donation* ; » et le Conseil, faisant droit à cette observation, remplace le mot « *contrat* » par le mot « *acte* », qui se trouve aujourd'hui dans le Code Napoléon[2]. Sans doute, l'observation du premier Consul était erronée, en ce qu'il existe des contrats unilatéraux ; mais le fond de la pensée subsiste, et cette pensée, que le donataire n'est pas personnellement engagé, a été adoptée par le Conseil et a passé dans la loi.

Ainsi le droit romain et le droit ancien ne considéraient pas le donataire comme obligé personnellement ; le législateur de 1803, loin de vouloir changer ce principe, l'a expressément consacré.

III. — Quels sont maintenant les textes de la loi ? Comment le Code définit-il les donations et détermine-t-il les droits du donateur en cas d'inexécution des charges ?

Les donations sont des libéralités faites par le donateur au donataire, dit l'art. 894 ; ce ne sont pas des contrats, en ce sens qu'elles ne produisent pas d'engagements réciproques, ajoutent les travaux préparatoires

Les donations avec charges sont-elles des dispositions d'une nature mixte, auxquelles doivent s'appliquer les règles des con-

donataires et légataires universels, ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent ; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison est que toutes ces personnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens ; *elles ne sont tenues des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens ; elles n'en sont point débitrices personnelles ; or, c'est un principe que lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à raison de quelque chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.* »

[1] *Recueil des lois anciennes*, de M. Isambert, t. XXI, p. 348 et 351.

[2] Locré, t. XI, p. 88 et suiv.

Digitized by Google

trats onéreux ? Non, répondent la loi et la jurisprudence : la loi, car elle en fait l'objet, non d'une partie du titre troisième du livre III, mais de certaines dispositions du titre II[1] ; la jurisprudence, car la Cour de cassation décide que, le Code n'ayant établi aucune distinction entre les donations purement gratuites et les donations avec charges, celles-ci sont assujetties aux mêmes droits de mutation que les premières[2].

Les donations avec charges sont d'ailleurs l'objet spécial des art. 953 et 954, ainsi conçus : Art. 953 : « La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que *pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite,* pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants. » — Art. 954 : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; *et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même.* » Quelle est la prévision de la loi ? C'est que le donataire refuse de remplir les charges de la donation. Quelle est la solution de la loi ? C'est que le donateur a le droit de demander la révocation de la donation. La loi ne dit rien de plus, et n'ajoute pas l'autre alternative offerte par l'art. 1184 au contractant à titre onéreux, et consistant dans le droit d'exiger l'exécution directe et indéfinie du contrat[3] : non par un oubli du législateur, mais parce qu'il ne voulait pas appliquer ici les règles des transmissions onéreuses, refusant de voir dans la donation un contrat bilatéral. D'ailleurs, le texte seul de l'art. 954 suffirait à repousser toute application de l'art. 1184 ; car il place absolument sur la même ligne le donataire lui-même et les sous-acquéreurs, et donne au donateur les mêmes droits à l'égard de l'un et à l'égard des autres ; or, il est bien clair qu'il n'a contre les tiers acquéreurs d'autre action que l'action en révocation, il doit donc en être de même, aux termes de la loi, à l'égard du donataire.

Ainsi, le texte principal est formel, par son silence volontaire

[1] Art. 944, 945, 946, 951, 952, 953, 954 du Code Napoléon.

[2] Cassation, 28 janvier 1818, Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Enreg.*, n° 3740.

[3] Art. 1184 : « ... La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

Digitized by Google

d'une part, par ses termes exprès de l'autre; de plus, il est fortifié par d'autres textes du Code. Quel est l'effet des donations? Est-ce d'engager le donateur, ou de lier mutuellement les deux parties? C'est, répond l'art. 932, d'engager le donateur[1]. Quelles sont les charges qui peuvent être apposées à une donation? Ce sont uniquement, dit l'art. 945, des charges actuelles et déterminées[2]; et ainsi la loi empêche que jamais la charge puisse excéder l'émolument. Quelle est la personne investie du droit d'accepter la donation faite à un mineur? Est-ce seulement son tuteur qui seul a capacité pour l'obliger? Non, répond l'art. 935, ce sont aussi, même en présence du tuteur, les ascendants, ce sont, même du vivant du père et de la mère, les grand-père et grand'mère, bien incapables, il est vrai, d'obliger le pupille et de contracter en son nom aucun engagement, mais mieux que personne inspirés par leur affection pour apprécier si la donation a des motifs légitimes, et pour repousser une libéralité fondée sur des causes coupables; seul danger que la loi considère comme possible en matière de donations[3]. Il y a enfin quelque chose de plus décisif encore, et la loi elle-même a posé et résolu notre question: le donataire est-il tenu personnellement d'accomplir les charges? Non, répond l'art. 1086 dans le cas qu'il prévoit: « *Le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation.* »

A cette démonstration si formelle on oppose diverses objections qu'il faut examiner rapidement.

1° La donation acceptée par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille, produit, aux termes de l'art. 463, le même effet à l'égard du mineur qu'à l'égard du majeur; donc, ajoute M. Marcadé, la donation a des effets même à l'égard du donataire. — A cela, la réponse est facile. Et d'abord il est certain que la seconde partie de l'art. 463[4]; n'est autre chose qu'un renvoi

[1] Art. 932. « La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. »

[2] Art. 945. « Elle (la donation) sera pareillement nulle si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

[3] Art. 935: « Néanmoins, les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. »

[4] Art. 463: « .... La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par

Digitized by Google

au titre *des Donations*, et non une disposition doctrinale, et qu'il n'y a par conséquent aucune induction à en tirer sur une question de principe. En second lieu, l'art. 463 a pour objet d'indiquer de quelle manière interviendra l'acceptation de la part du donataire mineur; mais quant à l'effet même de l'acceptation, il est déterminé par l'art. 932, et consiste purement à engager le donateur. Enfin, il n'est pas contesté que la donation avec charges ait des effets à l'égard du donataire, et que celui-ci, une fois mis en possession, soit tenu d'accomplir les charges; la question est de savoir si ces effets sont inhérents à la détention de la chose, ou s'ils sont indéfiniment opposables à la personne, et sur cette question, l'article 463 est muet. — Au surplus, l'art. 463 n'est pas respecté par ceux même qui l'invoquent, et malgré son texte, Grenier déclare que pour lui la donation n'a pas le même effet à l'égard du mineur qu'à l'égard du majeur, et que le donataire mineur n'est pas personnellement engagé : inconséquence flagrante, qu'on évite en appliquant les principes véritables.

2° On oppose deuxièmement l'art. 1052, d'après lequel le donataire qui a reçu une première donation pure et simple, et qui en accepte une seconde à la charge de conserver et de rendre les biens compris dans les deux libéralités, ne peut plus, après avoir accepté, renoncer à la seconde donation pour s'en tenir à la première, même en abandonnant les biens compris dans la seconde disposition. — Mais ce texte, loin d'être favorable au système contraire, est plutôt une arme contre lui. Il statue dans un cas exceptionnel, et l'exception confirme la règle; il se fonde sur ce motif, que du jour où est intervenue l'acceptation de la seconde disposition, les appelés sont eux-mêmes des donataires futurs, et sur ce que le grevé, s'il pouvait répudier, anéantirait par là la donation faite en leur faveur, et renoncerait à des droits qui ne sont pas les siens, ce qui ne se peut; et cet article est simplement une application de ce principe, que si l'on peut renoncer à ses droits on ne peut renoncer à ceux d'autrui. D'où il suit que quand il n'y a pas de tiers en cause, et que le donateur et le donataire sont seuls en présence (c'est le cas qui nous occupe), le donataire a le droit de répudier la libéralité dont il est seul appelé à profiter.

le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Elle aura à l'égard du mineur le même effet qu'à l'égard du majeur. »

Digitized by Google

3° On dit encore que le donataire, par son acceptation, s'oblige personnellement et sur tous ses biens (art. 932, 2092). — Cela est inexact en droit et en fait ; en droit, car l'art. 932, qui détermine les effets de l'acceptation, ne dit pas que le donataire sera tenu ; en fait, car, dans l'intention du donataire, son acceptation est, comme le disait Furgole, non pas précise et absolue, mais relative à la libéralité.

4° On dit en dernier lieu que les améliorations de la chose donnée étant à l'avantage du donataire, il est juste que les détériorations soient à son préjudice, que la perte doit aller où va le profit. Sans doute il en est ainsi dans les contrats onéreux, et quand chacune des parties a en vue son intérêt personnel ; mais il n'en est pas ainsi dans les donations, qui sont des contrats gratuits, et une semblable intention ne peut être présumée par le juge si elle n'a été exprimée par les parties.

Ainsi, toutes ces objections peuvent être réfutées. Qu'on examine, d'ailleurs, les conséquences du système contraire ! Le donataire, tenu indéfiniment des charges de la donation, sera lui-même, et lui seul, le véritable donateur, car il aliénera, à titre gratuit, l'excédant des charges sur l'émolument. Ainsi, il deviendra donateur contre son intention, et au mépris de la règle « *nemo suum jactare præsumitur*, » les rôles seront ainsi intervertis, malgré les parties et malgré la loi. Que deviendront alors les règles sur la capacité spéciale nécessaire pour disposer à titre gratuit ? Les règles sur la quotité disponible ? Les règles sur le rapport des libéralités ? Les règles sur la révocation des donations ? C'est dans la personne du donataire, et non plus seulement dans celle du donateur, qu'il faudra considérer toutes ces choses, la capacité, la disponibilité, le rapport, la révocation pour ingratitude ou pour survenance d'enfants ! Quel étrange bouleversement de tous les principes du droit, après une complète perversion de la volonté des parties !

IV. — Les principes, les origines du droit, les textes amènent donc à cette conclusion, que le donataire, sauf convention contraire, n'est pas tenu de l'exécution des charges personnellement, mais seulement comme détenteur ; d'où il suit qu'il ne peut être poursuivi que sur le bien donné, qu'il peut répudier ce bien pour se soustraire à l'exécution des charges, et qu'il en est libéré pour l'avenir quand ce bien a péri par cas fortuit.

GEORGE GENREAU.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des principaux arrêts rapportés par les recueils en août 1853.

Par M. MARCADÉ, ancien avocat à la Cour de cassation.

1. *Acte de naissance; refus d'inscription.* — Lorsqu'un maire refuse de dresser un acte de naissance, parce que la déclaration n'a pas été faite à son domicile, mais à la mairie, il y a lieu de le citer devant les tribunaux pour le faire condamner à l'inscription de cet acte, avec dépens et dommages-intérêts.
2. *Filiation naturelle; possession d'état; déclaration de grossesse.* — La possession d'état ne fait point preuve de la filiation naturelle. Renvoi. — Une simple déclaration de grossesse faite par la femme à l'officier public et dont il n'est point dressé acte, ne saurait devenir un titre de reconnaissance.
3. *Autorisation de femme mariée; nullité; créanciers.* — La nullité de l'acte passé par une femme mariée non autorisée peut être invoquée par ses créanciers. — L'autorisation donnée par un mari à sa femme de lui conférer mandat d'aliéner tous les immeubles qu'elle possède est nulle à cause de sa généralité, et elle entraîne dès lors nullité du mandat lui-même.
4. *Séparation de corps; étrangers; mesures provisoires.* — Les tribunaux français, incompétents pour statuer sur la séparation de corps entre époux étrangers résidant en France, sont compétents pour ordonner toutes les mesures provisoires que peuvent nécessiter les besoins de la femme et l'intérêt des enfants.
5. *Séparation de corps; révocation des donations; effet résolutoire.* — La séparation prononcée emporte révocation des donations faites à l'époux coupable par son conjoint; et cette révocation est une véritable résolution qui fait revenir les biens au donateur libres de toutes aliénations ou concessions de droits réels consentis par le donataire.
6. *Substitution; petits-enfants.* — Le Code Napoléon ne permet qu'aux pères et mères envers leurs enfants les dispositions contenant substitution, et non aux aïeuls et aïeules envers leurs petits-enfants. Renvoi.
7. *Testament public; déclaration de ne pouvoir signer; lecture; mention; Cour de cassation.* — La loi n'exige point, dans le testament public, la lecture au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer, ni la mention de cette lecture. Renvoi. — La Cour de cassation est-elle compétente pour réviser la décision donnée par le juge du fait, après examen tant du testament que d'enquêtes et contre-enquêtes, sur l'existence ou la non-existence de la mention ci-dessus?
8. *Prescription; instances; péremption.* — Les instances judiciaires sont-elles, en outre de la question de péremption, soumises à la prescription de trente ans, à partir de la discontinuation de la procédure?
9. *Prescription; imprimeur; délai.* — L'imprimeur est-il soumis à la pres-

Digitized by Google

cription de six mois comme ouvrier, ou bien à la prescription d'un an comme marchand, ou bien enfin à la prescription trentenaire comme entrepreneur ?

10. *Prescription; suspension; minorité; indivision.* — L'héritier majeur ne peut, à l'égard du bien héréditaire qui tombe à son lot, se prévaloir de la suspension de prescription résultant de la minorité de son héritier.

1.—Pau, 16 mai 1853 (*Devill.*, 53, 2, 491).—Nous rencontrons ici, dans la matière des actes de l'état civil, une question, ou plutôt une réunion de plusieurs questions complétement neuves en jurisprudence, et qui ne sont dues, en effet, qu'à une circonstance fort étrange et qui ne paraissait guère pouvoir se présenter.

Le maire de la commune d'Abense-de-Haut, sous le curieux prétexte que le père d'un enfant nouveau-né n'avait fait la déclaration de naissance, ainsi que la remise des notes et pièces nécessaires pour la rédaction de l'acte, qu'à la mairie, à la personne du secrétaire, seul présent au moment, et n'était pas venu lui faire cette déclaration à lui-même, en son domicile, avait refusé d'inscrire cette naissance. Sur ce refus, le père de l'enfant poursuivit le maire devant les tribunaux pour faire ordonner par eux la rédaction de l'acte.

De là naissaient les questions suivantes : Une déclaration de naissance doit-elle être faite au domicile particulier du maire, alors qu'il existe une mairie distincte de ce domicile? N'est-ce pas, au contraire, à la mairie, et à l'employé quelconque que les citoyens y trouvent, que, régulièrement, cette déclaration doit se faire? Lorsqu'un maire refuse indûment de dresser un acte de l'état civil, est-ce à l'autorité judiciaire ou à l'autorité administrative qu'il y a lieu de s'adresser pour faire ordonner la rédaction de l'acte? Si c'est le cas de s'adresser aux tribunaux, doit-on procéder par voie de requête, conformément aux art. 855 et 856 C. de pr., ou doit-on prendre la voie de citation directe? Y a-t-il lieu, en pareil cas, de condamner le maire, soit aux frais de l'instance, soit même à des dommages-intérêts?

Ces diverses questions sont toutes résolues, et fort exactement, suivant nous, par l'arrêt de la Cour impériale de Pau, du 16 mai 1853. — Et d'abord, n'est-il pas évident que la mairie, quand il en existe une, est le siége officiel et légal des rapports des citoyens avec l'autorité municipale? La mairie, comme son nom même l'indique, est légalement le domicile du maire en tant que maire, et c'est seulement comme simple particulier que celui-ci peut

Digitized by Google

demeurer dans toute autre maison qu'il voudra; toutes remises, déclarations ou significations à faire au maire, en cette qualité, doivent donc se faire à la mairie, et le secrétaire ou autre employé que l'officier public y installe, se trouve être son représentant à l'effet de les recevoir, pour ensuite les lui communiquer. — La seconde question, plus délicate peut-être au premier coup d'œil, est aussi simple au fond. S'il est vrai, en effet, que le maire est un fonctionnaire administratif, relevant dès lors du préfet et du ministre de l'intérieur, non de l'autorité judiciaire, il n'en est ainsi toutefois que pour les fonctions ordinaires du maire, non pour les fonctions spéciales d'officier de l'état civil. Les deux fonctions de maire et d'officier de l'état civil, quoique réunies de fait, sont parfaitement distinctes et séparables; et de même qu'autrefois les curés, quoique relevant de leurs supérieurs ecclésiastiques comme curés, dépendaient comme officiers de l'état civil, de l'autorité judiciaire, de même aujourd'hui c'est toujours à cette autorité judiciaire que les maires sont soumis pour tout ce qui concerne la tenue des actes de l'état civil; ce n'est pas le préfet ou le sous-préfet que la loi charge de coter et parafer les registres de l'état civil, c'est le président du tribunal d'arrondissement (art. 41, C. Nap.); ce n'est pas à la préfecture que se dépose le double de ces registres, c'est au greffe du tribunal (art. 43); partout et toujours c'est à l'autorité judiciaire, aux présidents et magistrats du parquet, aux tribunaux et Cours d'appel, que la loi confie tout ce qui concerne la rédaction, la rectification et la surveillance des actes de l'état civil (art. 49, 50, 53, 99, etc.). C'était donc bien au tribunal civil que devait ici s'adresser la partie intéressée pour avoir raison du refus du maire. — Une fois reconnu qu'on devait s'adresser aux tribunaux, il fallait bien reconnaître aussi que le seul mode régulier de les saisir était ici l'action directe et ordinaire. Que la voie de simple requête soit indiquée au cas de rectification, alors que le demandeur n'a pas d'adversaire en face de lui, c'est tout simple; mais quand il s'agit, au contraire, de faire apprécier et réprimer le refus du fonctionnaire, quand il s'agit ainsi d'une lutte entre deux contradicteurs, il est clair que le demandeur doit, comme toujours, appeler son adversaire à venir se défendre, et débuter dès lors par une assignation ordinaire.—Le dernier point était moins douteux encore, s'il est possible. Le refus du maire étant sans fondement, et ce refus ayant causé un certain préjudice (ne fût-ce que les dépla-

Digitized by Google

cements, peines et perte de temps qu'entraîne toujours un procès), il est manifeste qu'il y avait lieu de condamner ce fonctionnaire, non-seulement aux dépens, mais aussi à des dommages-intérêts.

C'est en ce sens, en effet, que la Cour de Pau résout ces diverses questions, et l'on ne peut qu'approuver sa décision sur tous les points.

2.—Lyon, 20 avril 1853 (*Devill.*, 53, 2, 497).—Nous ne signalons cet arrêt que pour rappeler l'important principe qu'il consacre, et d'après lequel la possession d'état n'est point une preuve de filiation pour les enfants naturels, comme elle l'est pour les enfants légitimes. Ce principe a été, dans cette Revue même, entre M. Demolombe et nous, l'objet de la plus complète discussion, et nous croyons en avoir solidement établi l'exactitude contre les nombreuses objections du savant professeur (*V.* t. I, p. 150, 662 et 725). On sait d'ailleurs que ce principe, ici proclamé par le nouvel arrêt que nous signalons, est également admis par la Cour suprême, et que la Cour d'appel de Paris, après l'avoir d'abord méconnu, y est elle-même revenue par son arrêt du 25 avril 1852.

La Cour de Lyon, dans cet arrêt du 20 avril 1853, juge encore une autre question, et la juge de même fort exactement. Elle décide qu'une déclaration de grossesse faite à l'officier de l'état civil par une femme sans qu'il en ait été dressé acte ne saurait devenir un titre de reconnaissance, au moyen de la mention que le fonctionnaire fait plus tard de cette déclaration dans l'acte de naissance de l'enfant. Sans doute les père et mère peuvent très-bien reconnaître un enfant naturel dès avant sa naissance; mais ils ne le peuvent qu'à la condition ordinaire et toujours nécessaire de faire dresser et signer un acte authentique de cette reconnaissance. Or, cet acte n'existait pas ici : la déclaration de grossesse faite par la mère (déclaration que rien ne prouvait même avoir été faite dans un but de reconnaissance) n'avait pas été constatée par écrit; et quant à la relation que le maire s'était imaginé d'en faire plus tard dans l'acte de naissance, elle était insignifiante, non-seulement parce que cet acte n'était pas signé de la mère, mais même parce qu'elle se trouvait formellement proscrite et déclarée non avenue par l'art. 35 C. Nap.

3. — Cassat. 10 mai 1853 (*Devill.*, 53, 1, 572). — La Cour suprême décide ici d'une manière qui nous paraît fort exacte deux questions dont l'une divise les auteurs, et dont l'autre, quoi-

Digitized by Google

qu'elle ne semble guère controversable, avait pourtant été jugée en sens contraire par l'arrêt d'appel.

La Cour décide d'abord que si les art. 225 et 1125 refusent aux tiers qui contractent avec une femme mariée non autorisée le droit d'invoquer le défaut d'autorisation, il n'y a là aucune raison de refuser ce même droit aux ayants cause de la femme. Or, la justesse de cette doctrine n'est-elle pas incontestable, malgré l'opinion contraire qu'ont émise Toullier (t. II, n° 661), Chardon (*Puiss. marit.*, n° 130) et Cubain (*Dr. des femmes*, n° 120)? Sans doute ni les tiers avec lesquels a contracté la femme non autorisée, ni tous autres qui ne sont pas ayants cause de cette femme, ne pourront pas invoquer la nullité, puisqu'elle est purement relative; mais pourquoi donc les héritiers de cette femme et comme eux tous autres ayants cause ne le pourraient-ils pas? Est-ce que du moment que le droit à exercer est un droit pécuniaire, il n'est pas dans le patrimoine transmissible de la femme, formant, là comme tous ses autres biens, le gage de ses créanciers? Sans doute le droit de faire annuler n'est alors que *relatif*, à la femme et n'existe pas pour son cocontractant; mais il n'est pas pour cela *exclusivement attaché à la personne*, et la preuve, c'est que l'art. 225 lui-même reconnaît formellement ce droit aux héritiers de la femme aussi bien qu'à elle-même. Cette doctrine, que pour notre part nous n'avons jamais hésité à suivre (*Voy.* notre explicat. de l'art. 225), est aussi celle de Merlin (*Rép.*, v° *Autor marit.*, § 9), Duranton (t. II, n° 512), Vazeille (*Mariage*, t. II, n° 384), et Demolombe (t. VI, n° 342). Déjà consacrée par un précédent arrêt de la Cour de cassation (18 mars 1840) et admise, comme on le voit, par la majorité des auteurs, cette doctrine est trop bien fondée pour que tôt au tard toute dissidence ne s'éteigne pas sur ce point.

Sur le second point, formant la question du fond, la Cour d'Orléans avait déclaré valable un mandat général donné par la femme à son mari pour vendre tous les immeubles qu'elle possédait conjointement avec lui, mandat auquel la femme était autorisée par le mari dans le même acte. Mais la Cour a pensé, et avec raison suivant nous, que la généralité du mandat donné au mari existant nécessairement aussi et par là même dans l'autorisation donnée à la femme de conférer ce mandat, il y avait dès lors, aux termes des art. 223 et 1538 C. Nap., nullité de cette autorisation, et par suite nullité du mandat lui-même. En conséquence,

Digitized by Google

l'arrêt d'Orléans a été cassé ; et sa cassation était, en effet, commandée par les principes.

4. — Paris, 28 juin 1853 (*J. P.*, 53, t. II, 210). — La matière de la séparation de corps nous présente ici deux arrêts dont les solutions nous paraissent aussi exactes qu'elles sont importantes.

Par le premier, la Cour d'appel de Paris décide que les tribunaux français, tout incompétents qu'ils soient pour statuer sur une demande en séparation de corps entre époux résidant en France, mais étrangers, peuvent ordonner toutes les mesures provisoires que réclament soit les besoins et la sûreté de la femme, soit l'intérêt des enfants. Or, quoi de plus conforme aux sains principes qu'une telle solution? Le tribunal de la Seine avait été trop loin, en regardant comme douteux que les tribunaux français ne dussent pas prononcer en pareil cas sur la séparation elle-même : lors même, disait-il, *que ces tribunaux ne seraient pas compétents pour statuer sur le fond!* Aussi, la Cour a-t-elle pris soin de déclarer nettement que « les époux Hope étant étrangers, « les tribunaux étrangers sont seuls compétents pour prononcer « sur des contestations dont l'objet est de modifier la condition « du mariage. » Mais autant ce point est certain, autant il est certain aussi que nos tribunaux sont compétents pour ordonner toutes les mesures provisoires que la position de la femme et des enfants peut rendre nécessaires. C'est évident, puisque de telles mesures sont alors commandées par le bon ordre, par la morale, par l'humanité même : elles ne sont, à vrai dire, que des mesures de saine police et d'ordre public.

5. — Pau, 8 aout 1853 (*Devill.*, 53, 2, 495). — La question jugée dans cette même matière par le second arrêt, émané de la Cour de Pau, question entièrement neuve en doctrine et en jurisprudence, n'est pas, et à beaucoup près, aussi simple que la précédente, et nous devons déclarer, tout en adoptant la solution de l'arrêt, que ce point nous paraît délicat et susceptible de controverse.

On sait qu'après de vives et longues disputes qui n'ont pas duré moins d'une quarantaine d'années, et qui divisaient en deux camps presque égaux les nombreux auteurs et arrêts qui s'en étaient occupés, la question de savoir si la séparation de corps entraîne, comme autrefois le divorce, la révocation des donations faites à l'époux coupable par son conjoint, a fini par se fixer en 1845 dans le sens de l'affirmative. Nous disons que depuis lors ce point est

Digitized by Google

fixé. On se rappelle, en effet, que l'affirmative, qui comptait déjà pour elle le plus grand nombre des auteurs ainsi que presque tous les arrêts de Cours d'appel, et dont le contre-poids ne se trouvait guère que dans les nombreux arrêts contraires de la chambre civile de la Cour de cassation, est arrivée en 1845 à réunir cette immense force à celles qu'elle avait déjà, grâce à deux arrêts de la Cour suprême, dont l'un, rendu par les chambres réunies le 23 mai, s'est prononcé pour la révocation, et l'autre du 17 juin suivant (rendu sur notre plaidoirie) par lequel la chambre civile consacre enfin cette solution, après quarante années d'une résistance contre laquelle, pour notre part, nous sommes heureux d'avoir constamment lutté dans toute la mesure de nos forces. Or, si ce point se trouve ainsi bien arrêté désormais pour la jurisprudence, qui n'a donné depuis lors que des décisions conformes [1], on peut bien aussi le regarder comme fixé pour la doctrine, puisque sur dix auteurs qui ont traité la question récemment, neuf la résolvent comme nous : Valette (*sur Proud.*, t. I, p. 547), Pont (*Rev. de législat.*, t. II, de 1845, p. 90), Lassaulx (t. II, p. 155), Grolmann (t. III. p. 500), Massol (p. 97), Coulon (t. II, p. 376), Taulier (t. I, p. 369), Demolombe (t. VI, n° 526), Mourlon (t. 1, p. 420). Quant au seul auteur qui, dans ces dernières années, se soit encore rangé au système contraire (M. Duvergier, dans ses notes sur Toullier, t. II, n° 781, p. 63), sa solution a d'autant moins de poids que l'honorable avocat se montre complétement étranger à l'état actuel de la question. Non-seulement, en effet, M. Duvergier ne discute pas sérieusement cette question, mais il va même, quoique publiant ses notes longtemps après le revirement que nous avons rappelé plus haut, jusqu'à présenter sa doctrine comme conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, alors que cette Cour l'avait au contraire répudiée avec tant d'éclat ! La révocation des donations par l'effet direct et immédiat du jugement de séparation de corps doit donc être considérée désormais comme un point définitivement arrêté en doctrine comme en jurisprudence.

Mais si ce point de droit ne peut être regardé comme faisant question, sa solution était appelée à en faire naître d'autres qui ne sont pas sans difficulté. — Ainsi, les Cours de Toulouse et de

[1] Caen, 1er juillet 1845 ; Toulouse, 24 juillet 1848 ; cassat. 25 avril 1849 ; rej. 18 juin 1849 ; rej. 5 décemb. 1849 ; Nancy, 16 février 1850 ; Pau, 8 août 1853.

Digitized by Google

Nancy ont eu à juger la question de savoir si la révocation dont il s'agit, et que prononce l'art. 299 C. Nap., devait s'appliquer aux testaments comme aux donations entre-vifs, question qu'on a résolue affirmativement, et avec raison suivant nous (*Voir :* notre Examen doctrinal de février 1851, t. I, p. 462, n° 3; et notre Explication de l'art. 311, t. I de notre 5e édit., n° 775). — Ici la Cour de Pau s'est trouvée en face d'une autre question beaucoup plus délicate, celle de savoir si l'on doit donner à cette révocation l'effet d'anéantir les aliénations ou concessions de droits réels que l'époux donataire aurait pu consentir sur les immeubles donnés.

La Cour, contrairement à ce qu'avait décidé le jugement de première instance, s'est prononcée pour l'affirmative, et avec raison suivant nous; mais cette solution n'est toutefois pas sans difficulté. Quoique dise l'arrêt, nous ne croyons pas qu'on puisse nier la profonde analogie qui existe, quant au fondement des deux dispositions, entre la révocation de plein droit par l'effet de la séparation de corps et la révocation spécialement prononcée par le juge pour cause d'ingratitude ; et les explications que nous avons données à cet égard dans notre commentaire de l'art. 959 nous paraissent répondre péremptoirement aux efforts que fait l'arrêt de Pau pour écarter cette analogie. Or l'art. 958 déclare positivement que la révocation pour cause d'ingratitude, à la différence de la révocation pour inexécution des conditions, ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire ni aux hypothèques ou autres charges réelles qu'il aura pu consentir. Cet art. 958 n'est-il pas dès lors une formidable objection contre la solution de l'arrêt? Pour notre part, nous le croyons, nous voyons là une objection et une objection fort grave; mais nous pensons cependant que ce n'est qu'une objection, nullement une raison de décider, et que cette objection reçoit une réponse facile. Cette réponse consiste à dire que, sans nier, comme le fait à tort l'arrêt, les rapports de la révocation qui nous occupe ici avec la révocation pour ingratitude, il faut bien reconnaître aussi qu'elle n'a pas moins de rapports avec la révocation pour inexécution des conditions. On ne peut pas nier, en effet, comme le dit fort bien la Cour de Pau, « que les actes qui rendent la « séparation nécessaire, les sévices, les injures graves, etc., ne « soient la violation la plus manifeste des conditions virtuelles « d'une donation faite en vue d'une union fondée sur l'affection,

Digitized by Google

« les égards réciproques et la communauté d'intérêt que la sépa-
« ration fait cesser ; que ces conditions, qui constituent les de-
« voirs respectifs des époux, sont de l'essence même du contrat
« de mariage et que leur inexécution a un effet résolutoire, dont
« la conséquence est de remettre les choses dans l'état où elles
« étaient avant le contrat, conformément aux art. 1183 et 1184
« C. Nap. » Ce motif principal, corroboré d'ailleurs par d'autres considérations que l'arrêt présente également, nous paraît décisif. Du moment que l'inexécution des conditions du contrat existe dans ce cas (aussi bien et en même temps que l'ingratitude), on ne peut donc pas se refuser à lui laisser produire son effet, et l'époux donateur trouve ici la base de sa prétention et dans l'analogie de l'art. 954 et dans le principe général de l'art. 1184. La circonstance que le contrat dont il s'agit ici est plus saint et plus sacré que tous autres, n'est certes pas une raison pour qu'on puisse le violer avec plus d'impunité.

6. — Cassat. 29 juin 1853 (*J. P.*, 53, t. II, 165). — Nous ne signalons que pour mémoire et comme consacrant une fois de plus un principe quelquefois méconnu, mais incontestable néanmoins, l'arrêt par lequel la Cour de cassation décide que l'art. 1048 C. Nap., qui permet aux pères et mères de disposer au profit de leurs enfants à charge de substitution, n'accorde pas le même bénéfice aux aïeuls et aïeules à l'égard des petits-enfants.

Cette doctrine, contredite par M. Duranton (t. IX, n° 525) et M. Vazeille (art. 1048, n° 3), n'en est pas moins seule exacte, seule conforme non-seulement au texte de la loi, mais aussi à son esprit, manifesté surtout par les travaux préparatoires, ainsi que nous l'avons fait voir en signalant déjà dans cette Revue un arrêt conforme de Paris, du 23 août 1850 (t. I, p. 464). C'est donc avec bonheur qu'après avoir vu la Cour de Dijon adopter encore la fausse opinion de MM. Vazeille et Duranton, par arrêt du 14 février 1851, nous trouvons ici cet arrêt frappé de cassation par la décision de la Cour suprême, décision d'autant plus remarquable et d'un poids d'autant plus grand, qu'elle est rendue, tout à la fois, sous la présidence de M. le premier président Troplong, et sur les conclusions conformes du savant et judicieux M. Nicias Gaillard, premier avocat général.

7. — Cassat. 24 mai 1853 (*Dall.*, 53, 1, 227). — Nous n'avons eu jusqu'ici que des assentiments à donner aux diverses décisions par nous relevées dans cet Examen doctrinal ; mais voici

Digitized by Google

un arrêt, et malheureusement un arrêt émané de la Cour suprême et portant cassation, contre les idées duquel nous ne saurions trop protester.

Il avait toujours été regardé comme certain que dans le cas d'un testament public que son auteur ne peut signer, la seule formalité exigée par la loi à raison de cette circonstance, c'est la mention, dans l'acte, de la déclaration faite par le testateur de son impossibilité de signer ainsi que de la cause de cette impossibilité. Personne n'avait jamais pensé que la loi demandât rien de plus, lorsqu'en 1851 la Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 14 juillet, jugea qu'il fallait en outre, à peine de nullité du testament, 1° qu'il fût donné lecture de cette mention au disposant; et 2° qu'il fût encore fait mention de cette lecture. Cette doctrine nouvelle et (pourquoi ne pas le dire nettement?) aussi fausse que nouvelle, a été accueillie comme elle devait l'être, c'est-à-dire par une réprobation universelle. Contredite déjà par deux anciens arrêts, l'un de la Cour de Montpellier du 3 juin 1833, l'autre de la Cour de cassation du 3 juillet 1834, elle l'a été depuis et de la manière la plus énergique par trois récents arrêts des Cours d'Aix, 16 février 1853, de Dijon, 2 mars 1853, de Douai, 24 mai 1853, et pour notre part nous l'avons combattue dans deux Examens doctrinaux de cette Revue par des arguments qui nous paraissent sans réplique (t. II, p. 337 et 705).

Or cette doctrine, ainsi condamnée partout et qu'il est en effet impossible de ne pas condamner, a été déférée à la censure de la Cour suprême; mais cette Cour a évité de se prononcer sur la question, et rien, suivant nous, n'est moins juridique, rien n'est plus malheureux que la manière dont elle a tranché le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Paris.

Deux moyens étaient proposés contre cet arrêt : le premier, fondé sur ce que la Cour d'appel avait déclaré que le testament ne contenait pas la mention de la lecture donnée au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer, tandis que cette mention s'y trouvait, disait-on, suffisamment; le second, fondé sur ce que cette lecture et sa mention avaient été déclarées par l'arrêt nécessaires à peine de nullité, tandis que la loi ne les exige nullement.

De ces deux moyens, le premier ne se référait, comme on va le voir, qu'à une question de pur fait, et pour la révision de laquelle dès lors la Cour de cassation n'était pas compétente;

Digitized by Google

le second seul soulevait une question de droit et se trouvait ainsi susceptible d'être examiné par la Cour. Or, chose étrange, c'est précisément et uniquement au premier moyen que la Cour s'est attachée en déclarant ensuite le second inutile à examiner ! Se transformant, sans le remarquer, en troisième degré de juridiction, en juge d'appel supérieur, la Cour a décidé en fait que la mention de lecture, dont l'arrêt de Paris avait nié l'existence, existait néanmoins, et c'est par ce motif qu'elle a cassé ; de sorte que sa décision, si nous ne nous trompons (et nous ne croyons pas nous tromper) a le double tort, 1° de juger, et peut-être même de mal juger, un point de fait qui n'était pas dans ses attributions et qui ne présentait qu'un simple intérêt d'espèce ; et 2° de laisser indécis le point de droit qui seul devait l'occuper, et dont la solution présentait d'ailleurs un intérêt général et préoccupant avec raison tous les esprits. On conçoit, en effet, qu'avec la conviction dans laquelle on avait toujours été, conviction juste au surplus, que la loi ne demandait point la mention de la lecture donnée au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer, cette mention était souvent omise dans les testaments, et que par conséquent la malencontreuse idée qu'eut, en 1851, la Cour de Paris de déclarer cette mention indispensable, avait dû faire naître dans l'esprit de beaucoup d'héritiers la pensée d'attaquer, pour absence de cette mention, les dispositions testamentaires de leurs auteurs. Les divers arrêts qui viennent d'être rendus en si peu de temps sur la question prouvent assez la multiplicité de ces projets ; et si les Cours d'Aix, de Dijon et de Douai n'avaient pas été mieux inspirées que celle de Paris et mieux aussi que la Cour de cassation, si l'imposante conformité des décisions rendues par ces trois Cours dans une période de trois mois n'était pas venue rafraîchir quelque peu les fièvres des héritiers, nous eussions bientôt vu tous nos tribunaux, d'un bout à l'autre de la France, retentir de procès en nullité de testaments pour défaut de la mention dont il s'agit. Cette question, de la nécessité ou de la non-nécessité de la mention, était donc du plus haut intérêt, d'un intérêt vraiment général ; la Cour suprême, dès lors, eût dû ce semble, s'empresser de la résoudre pour fixer les inquiétudes des esprits ; et ceci rend d'autant plus étrange et plus fâcheux l'arrêt dans lequel elle évite de se prononcer sur ce point de droit, en jugeant un point de fait qui, d'une part et par sa nature même de question de fait, échappait à sa compétence, et qui

Digitized by Google

d'autre part pourrait bien avoir reçu d'elle une solution moins exacte que celle de l'arrêt de Paris.

Nous disons que la question de savoir si le testament contenait ou ne contenait pas, dans l'espèce, la mention d'une lecture donnée au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer, n'était qu'un seul point de fait, dont la Cour de cassation dès lors, et par cela seul, ne devait pas connaître; et nous ajoutons qu'il est fort douteux que ce point de fait n'ait pas été mieux apprécié dans l'arrêt de Paris que dans celui qui le casse. Ce double reproche est assurément bien grave. Que la Cour régulatrice, appelée par sa mission même, ainsi que par sa haute position, à donner aux autres l'exemple du respect pour les règles de la démarcation des juridictions, et chargée de réprimer partout toute contravention à ces règles, soit elle-même sortie de ses attributions et ait excédé ses pouvoirs en jugeant un point dont elle ne pouvait pas connaître; qu'elle n'en soit d'ailleurs sortie que pour juger ce point moins bien, ce semble, que les juges dont elle réformait illicitement la solution, encore une fois, c'est là un reproche bien grave, profondément grave, et sur lequel nous désirerions vivement nous tromper; mais nous croyons malheureusement être dans le vrai en le formulant.

Il faut remarquer, en effet, que ce n'est pas seulement dans les énonciations du testament, mais dans ces énonciations rapprochées de différents faits établis par les enquêtes et contre-enquêtes, et expliquées par eux, que la Cour d'appel avait vu la preuve de la non-constatation d'une lecture donnée au testateur de sa déclaration de ne pouvoir signer. L'arrêt se basait, à cet égard, sur ces deux motifs dont la réunion présente une bien grande force: 1° Que, d'une part, le testament, en disant, il est vrai, que lecture de la déclaration avait été donnée, ne disait pas *à qui* elle l'avait été, si c'était au testateur et aux témoins ou à ces derniers seulement; et 2° qu'il résultait des débats que le testateur, à la suite de ses vains efforts pour signer et de sa déclaration de ne pouvoir, *était tombé en syncope*, puis *avait vu son état s'aggraver, et était mort quelques heures après*. Or, quoi de plus grave qu'un pareil ensemble de circonstances? Il s'agit d'un testateur sachant signer, qui s'apprête à le faire, mais que ses efforts inutiles dans ce but font tomber dans une syncope que suivent d'abord un état plus grave et bientôt la mort; et en présence de ceci, le notaire déclare seulement qu'une dernière lecture a été faite, mais

Digitized by Google

sans dire à qui, si cela été pour le testateur comme pour les témoins, si ce testateur était encore en état de la saisir! N'était-il pas naturel pour les juges du fait, en présence de cet état constaté du testateur, de trouver la mention du testament insuffisante et de dire que ce testament ne prouvait nullement que la déclaration d'impossibilité de signer eût été lue *au testateur?* Et quand la Cour de cassation, révisant plus tard cette appréciation, est venue juger le contraire en se tenant exclusivement au testament sans le combiner avec les enquêtes et contre-enquêtes, n'est-ce pas plutôt pour elle que pour les juges d'appel qu'il y a eu chance d'erreur et d'inexactitude dans l'interprétation de l'acte? Mais, dans tous les cas, et quel que soit le mérite des deux appréciations contraires de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, n'est-il pas évident, du moment que la question ne pouvait être complétement examinée et bien jugée qu'au moyen d'enquêtes et contre-enquêtes sur les faits et circonstances matérielles du procès, n'est-il pas évident que cette question n'était pas de la compétence de la Cour suprême, qui n'a pas le droit de s'immiscer dans l'appréciation des enquêtes ainsi faites, puisqu'elle n'aurait pas celui d'en faire faire de nouvelles au besoin?

On ne peut donc, selon nous, que regretter cet arrêt du 24 mai 1853, prononcé, du reste, contrairement aux conclusions du ministère public, et sur lequel on peut lire aussi les observations détaillées dont il avait été déjà l'objet de notre part dans le *Journal du Palais* (t. I, 1853, p. 5).

8.—Trib. Toulouse, 12 mai 1853 (*Devill.*, 53, 2, 505).—La matière de la prescription nous présente ici trois décisions importantes, par la discussion desquelles nous allons terminer cet examen doctrinal.

L'art. 2262 du C. Nap., en déclarant que *toutes actions* se prescrivent par trente ans, ne parle ni des *exceptions* ni des *instances;* et comme l'instance n'est pas précisément l'action, on s'est demandé pour elle (comme pour l'exception) si elle est ou non soumise à la prescription trentenaire. Il est vrai que les instances ont une prescription spéciale et plus courte, qui, sous le nom de *péremption,* peut avoir lieu après trois ans (ou trois ans et demi, selon les cas) de discontinuation de la procédure; mais comme cette péremption n'a lieu qu'autant qu'elle est prononcée par le juge sur la demande du défendeur, et que celui-ci peut ne la demander jamais, il s'agit de savoir si, après trente ans de discon-

Digitized by Google

tinuation, l'instance qui ne serait pas encore éteinte par la péremption ou courte prescription de trois ans, parce que celle-ci n'aurait pas été demandée, ne le sera pas par la prescription trentenaire.

Un récent jugement du tribunal de Toulouse, et deux auteurs (Chauveau, *sur Carré*, n° 1413; Bourbeau, *continuat. de Boncenne*, t. V, p. 617), tiennent pour l'inapplicabilité de la prescription trentenaire. « L'art. 2262, dit-on dans ce système, n'est édicté que pour les actions; or l'instance n'est pas l'action, elle a sa force particulière, ses effets particuliers, et frappée qu'elle est d'une prescription particulière aussi, elle n'est soumise par la loi à aucune autre prescription. L'art. 2247, en déclarant l'instance éteinte par le désistement, le rejet de la demande ou la *péremption*, n'ajoute pas la *prescription*, parce que cette péremption est la seule prescription des instances. Tant, donc, qu'il n'y aura pas eu de péremption prononcée, l'instance subsiste toujours avec sa force interruptive de la prescription; et elle peut toujours être reprise, encore que la discontinuation de la procédure remontât à quarante, cinquante années et plus, et ce en vertu de la règle *omnes actiones quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*. C'est, ajoute-t-on, ce que reconnaît un arrêt de la Cour suprême de 1837, qui proclame que d'après les principes anciens et nouveaux, une instance ne peut jamais et par quelque laps de temps que ce soit, se trouver éteinte de plein droit, qu'elle ne peut l'être en aucun cas que par la péremption prononcée, sans qu'il y ait à distinguer si cette péremption concourt ou non avec la prescription. »

Cette doctrine, que nous n'avons pas vu discutée dans le savant commentaire de M. Troplong, mais que nous avons déjà réfutée dans notre récent *Commentaire-Traité de la Prescription* (art. 2262, n° 3, p. 182), est, en effet, d'une inexactitude certaine; et c'est par erreur qu'elle invoque l'arrêt de la Cour suprême de 1837. Cet arrêt ne juge nullement la question, qui est, au contraire, décidée dans le sens opposé par trois arrêts de cette même Cour, de 1331, 1841 et 1852.

L'art. 2262, quand il dit *toutes actions*, entend de la manière la plus large, *toutes réclamations* qu'on peut faire, *tous droits quelconques* que l'on peut vouloir exercer; il signifie que RIEN ne peut échapper à la prescription trentenaire (Voir note n° 2 du Commentaire de cet article, p. 179). « Après trente ans, dit

Digitized by Google

« Brodeau, *tout* est péri et prescrit : les assignations, les juge-« ments, *tout* se prescrit par trente ans. » Julien, sur les statuts de Provence, explique de même que « la partie qui, après la der-« nière procédure, demeure trente ans dans l'inaction, est cen-« sée avoir abandonné son droit ; » et il cite dans ce sens un arrêt de la Cour des Aides de Provence du 6 févr. 1737 et un autre du parlement d'Aix du 22 avr. 1761. Sous le code, la Cour de cassation a nettement consacré les mêmes principes par ses trois arrêts des 25 nov. 1831, 2 août 1841 et 6 juill. 1852 ; et comme ces trois arrêts, dont le dernier, du reste, a besoin, pour être bien compris, d'être rapproché de l'arrêt d'appel sur lequel il statue (Douai, 24 juill. 1850), sont tous trois des arrêts de rejet, prononçant le maintien de décisions conformes de Cours d'appel, on a dès lors ici six arrêts unanimes sur l'applicabilité de la prescription trentenaire, en regard du jugement contraire et isolé du tribunal de Toulouse [1]. Et comment des hommes judicieux ont-ils pu ne pas sentir la profonde inadmissibilité du système repoussé par les arrêts ? Comment ! Pierre, après avoir introduit une instance, n'y donne aucune suite ; il l'abandonne complétement ; ni lui ni ses héritiers ne songent à elle pendant cinquante ans, cent ans, deux cents ans et plus ; et voilà qu'après plusieurs siècles, *etiam post mille annos*, selon l'idée de Dumoulin, un représentant de Pierre pourrait se raviser, pour venir dire que l'instance n'est pas éteinte, et que la prescription n'est pas acquise ! En vérité on n'y a pas songé.

Quant à l'arrêt de rejet du 21 nov. 1837, on l'a mal compris, quand on a cru pouvoir l'invoquer dans le sens du jugement de Toulouse. La prescription que l'on voulait faire déclarer acquise, et que la Cour de cassation ainsi que la Cour d'appel de Limoges ont refusé d'admettre, n'était pas la prescription *de l'instance*, s'accomplissant par trente années à partir de la discontinuation de la procédure ; c'était une prétendue prescription *de l'action* mise en jeu par cette instance, *du droit* sur lequel cette instance roulait, prescription qui, dans l'espèce, devait s'accomplir par dix années, puisqu'il s'agissait du droit pour un ex-mineur de se faire rendre compte de la gestion de sa tutelle (art. 475 C. Nap.). Comme il s'était écoulé plus de dix années (14 ans) depuis l'introduction de l'instance, le tuteur prétendait que le droit d'exiger

[1] Devill., 32, 1, 67; 41, 1, 776; 53, 1, 185; *J. P.*, t. I, 1853, p. 489.

Digitized by Google

la reddition du compte était prescrit. C'est cette prétention que la Cour de Limoges et la Cour de cassation ont repoussée, et avec grande raison. Il n'y avait, en effet, d'une part, aucune extinction de l'instance, ni par la prescription spéciale de trois ans (puisque la péremption n'avait pas été prononcée), ni par la prescription trentenaire (puisque l'instance ne remontait qu'à quatorze ans); et d'autre part, du moment que l'instance était toujours subsistante, le droit sur lequel elle portait n'était donc pas prescrit et n'avait pas même pu commencer à se prescrire [1].

On peut, au surplus, pour de plus longs développements, se reporter à notre *Commentaire-Traité de la Prescription*, article 2262 (p. 178 et suiv.).

9. — Cassat. 19 janv. 1853 (*J. P.* 53, t. II, 157). — La seconde solution que nous avons à signaler dans cette même matière, et qui émane cette fois de la Cour de cassation, porte sur une question qui nous paraît fort délicate, celle de savoir si un imprimeur (et on peut aussi se faire la question pour beaucoup d'autres professions) doit être considéré comme *un ouvrier*, dont la créance serait dès lors prescriptible par six mois, ou comme *un marchand* soumis à la prescription d'un an, ou enfin comme *un entrepreneur*, auquel on ne pourrait opposer que la prescription de trente ans.

M. Troplong, en examinant cette question (t. II, n° 963),

[1] Cette prétention de l'ex-tuteur était précisément une application de la fausse doctrine par nous critiquée, tant dans notre *Traité de la Prescription* que dans cette *Revue* même (t. III, p. 689), chez M. Mourlon, et qui consiste à dire que la formation de l'instance judiciaire interrompt bien la prescription du droit, mais instantanément seulement *et en la laissant recommencer dès l'instant suivant*. Si cette idée était vraie, la prétention de l'ex-tuteur aurait été parfaitement fondée, puisque la prescription de dix ans, qui devait le décharger aurait, après avoir été interrompue par la demande judiciaire, recommencé à courir le jour même, et que, quatorze ans s'étant écoulés depuis ce moment, elle aurait été dès lors accomplie depuis quatre ans. Mais on sait que cette idée, dont M. Mourlon s'est à tort fait l'écho, est complétement inexacte, et que tant que l'instance subsiste, le droit sur lequel elle roule se trouve imprescriptible. Sans doute une prescription commence, ou du moins peut commencer, aussitôt après l'instance introduite; mais ce n'est pas celle du droit réclamé, c'est celle de l'instance même. Or, il y a, entre les deux, cette double différence : 1° qu'au lieu de s'accomplir selon les cas, par dix ans, cinq ans, deux ans, etc., elle ne s'accomplit que par 30 ans (à part le cas de péremption); 2° qu'au lieu de courir de l'instance elle-même, elle ne court que de la discontinuation de la procédure, et étant que cette discontinuation se perpétue.

Digitized by Google

admet ici la prescription de six mois, l'imprimeur n'étant pour lui qu'un ouvrier. Le tribunal du Havre, récemment appelé à se prononcer sur ce point, s'est décidé, par jugement du 21 août 1853, pour la prescription trentenaire. Enfin la Cour de cassation, sur le pourvoi dirigé contre ce jugement, tient pour la prescription d'un an, l'imprimeur ne pouvant, suivant elle, être considéré que comme marchand. Laquelle de ces trois doit être préférée?

Nous avons déjà dit, dans notre *Traité de la Prescription* (article 2271, n° 3), et nous répétons ici que, suivant nous, la question ne peut pas se décider en thèse générale et d'une manière absolue, mais qu'elle doit recevoir une solution différente selon les différents cas. Et d'abord, il est bien clair que si un imprimeur est en même temps libraire, fabriquant alors des livres que lui-même vend ensuite, il est incontestablement marchand; car vendre des livres fabriqués par un autre ou vendre des livres qu'on a fabriqués soi-même, c'est toujours être marchand de livres. Mais quand il s'agit d'un imprimeur qui n'est qu'imprimeur, quand, imprimant pour le libraire des livres que celui-ci seul vendra, il n'en fournit pas même le papier, qui lui est remis par ce libraire (et tout le monde sait que c'est précisément là le cas le plus fréquent, au moins pour nos principales imprimeries), comment serait-il alors possible de voir dans l'imprimeur un marchand, comme le décide d'une manière absolue l'arrêt de cassation qui nous occupe? N'est-il pas évident, et de la dernière évidence, que le contrat qui intervient alors entre le libraire et l'imprimeur n'est nullement une vente, mais un louage d'ouvrage, comme celui de l'architecte qui me construit une maison?... L'imprimeur n'est donc pas alors un marchand, car il ne vend rien; et l'idée de la Cour de cassation doit ici être écartée. Mais à laquelle des deux autres devra-t-on s'arrêter? Cet imprimeur ne sera-t-il qu'un ouvrier, comme le veut M. Troplong, ou bien sera-ce un entrepreneur, comme l'avaient pensé les juges du Havre? Ici encore nous croyons que c'est par les circonstances qu'il faudra se décider, et qu'en outre de la circonstance du traité *à prix-fait*, celle de l'importance plus ou moins grande des travaux devra jouer aussi un grand rôle dans la solution. Ainsi qu'on ne voie qu'un ouvrier dans l'imprimeur, quand il n'emploie ses presses qu'à des mémoires, des thèses, de petites brochures et autres productions minimes, c'est ce qu'on peut très-bien accorder à M. Troplong; mais quand il s'agit de ces ouvrages im-

Digitized by Google

menses pour lesquels l'imprimeur emploie un grand nombre d'ouvriers, fait d'énormes avances et sera créancier du libraire pour des sommes de 10, 15, 20 mille francs et plus, comment, en vérité, pourrait-on ne voir là qu'un de ces simples ouvriers ou gens de travail soumis à la petite prescription de six mois? Est-ce qu'on ne trouve pas alors réunis tous les caractères qu'il soit possible de demander pour constituer un entrepreneur?

10. — CASSAT., 29 AOUT 1853 (*Dall.*, 53, 1, 230).— Ce nouvel arrêt de cassation, par lequel nous allons clore notre examen doctrinal ne peut recevoir de nous qu'une pleine et entière approbation ; car nous avions à l'avance prédit et souhaité sa solution, en critiquant dans notre *Traité de la Prescription* la décision de la Cour de Nancy dont il prononce l'annulation.

En écrivant, dans la première partie de notre traité, l'explication de l'art. 2252, et après avoir constaté que, hors le seul cas d'indivisibilité absolue, la suspension de prescription qui s'accomplit au profit d'un mineur ne profite point à son copropriétaire ou cocréancier majeur, nous ajoutions : « Que si le bien « appartenant en commun à un mineur et à un majeur, et pour « lequel dès lors la prescription est suspendue pour l'un et court « contre l'autre, devient par l'effet du partage la propriété exclu- « sive du majeur, la prescription se trouve avoir utilement couru « pour la totalité de l'immeuble, puisque par l'effet rétroactif « que l'art. 883 donne aux partages, c'est le majeur qui se « trouve avoir été *ab initio* le propriétaire unique de l'immeuble. « C'est donc avec raison qu'un arrêt d'Amiens de 1840, qui « avait jugé le contraire, a été cassé en 1845 par la Cour suprême « pour violation de cet art. 883 ; *et si un récent arrêt par lequel « la Cour de Nancy* (29 nov. 1851) *reproduit la doctrine de « l'arrêt d'Amiens a été frappé de pourvoi, il ne saurait manquer « d'être également cassé* (p. 154).

L'arrêt du 29 août 1853, que nous relevons ici, est précisément celui qui statue sur le pourvoi dont la décision de Nancy avait, en effet, été frappée ; et comme cela devait être, il en prononce la cassation. Comme cela devait être, disons-nous : qui ne voit, en effet, que refuser, comme l'avait fait la Cour de Nancy, d'admettre l'effet rétroactif du partage et de reconnaître que, de par la loi et dans la théorie du Code, le majeur se trouve ici avoir été le seul propriétaire du bien échu à son lot, c'est dé-

Digitized by Google

chirer l'art. 883, refaire la loi à sa guise et substituer sa volonté à la volonté formelle du législateur?...

V. MARCADÉ.

COMMUNAUTÉ. — REPRISES. — FEMME. — PRIVILÉGE.

QUESTIONS NOTABLES SUR LES DIVERS RÉGIMES D'ASSOCIATION CONJUGALE [1].

Par M. Paul Pont, docteur en droit, président du tribunal de Corbeil.

I.— Quand la Cour de cassation jugea, par son arrêté célèbre du 15 fév. 1853, que la femme commune, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, doit être admise à exercer ses reprises, sur les valeurs mobilières de la communauté, par préférence aux créanciers de cette communauté, et que ceux-ci n'ont même pas à prétendre qu'elle ne doit venir que concurremment, et par contribution, avec eux, il ne dut échapper à personne qu'à la faveur de l'autorité si puissante de la Cour suprême, cette solution allait devenir le point de départ d'une longue suite de contestations et de procès.

Nous avons eu, comme tous, cette pensée, et nous l'avons exprimée, en combattant, dans ce Recueil même [2], et aussi dans le *Journal du Palais* [3], la doctrine que la Cour suprême venait de consacrer. Un an s'est à peine écoulé, et déjà l'on peut voir combien ces craintes étaient fondées. Avant cet arrêt et dans une période *de plus de trente années*, on pouvait compter cinq décisions sur la *question même* qu'il a résolue [4]. Depuis, nous en

[1] Voir *Revue critique*, t. III, p. 898.

[2] *Ibid.*, p. 436 et suiv.

[3] Année 1853, t. I, p. 513 et suiv.

[4] Nous ne comptons pas, en effet, les arrêts plus nombreux qui, statuant dans des hypothèses où l'intérêt seul des époux ou de leurs ayants droit se trouvait engagé, avaient eu à déterminer la nature des reprises, pour résoudre ensuite la question de savoir si les reprises étaient ou non tombées dans une subséquente communauté, ou encore celle de savoir si elles avaient été ou non comprises dans le legs du mobilier. Nous n'entendons parler que des arrêts qui ont eu à se prononcer sur le droit de préférence réclamé par la femme vis-à-vis des créanciers de la communauté ; et ceux-là ne dépassaient pas le nombre de cinq au 15 février 1853 : il y avait un arrêt de Lyon, du 25 juillet 1822; un d'Angers, du 2 décembre 1830; un de Besançon, du

Digitized by Google

comptons déjà seize dans la période d'*une année* seulement [1] ; et nous ne parlons pas des décisions que les recueils n'ont pas publiées, ni des instances engagées qui attendent leur solution. Ajoutons que la Cour de cassation elle-même a eu à se prononcer de nouveau, et que le 11 avril 1854[2], elle a rendu un second arrêt qui maintient sa jurisprudence et aura pour résultat sans doute de réchauffer cette ardeur à la lutte que le premier arrêt n'avait que trop excitée.

Nous insistons sur ce mouvement jurisprudentiel, dont les recueils ne fournissent pas un autre exemple, parce que, par lui-même et par lui seul, il pourrait nous faire pardonner de revenir déjà sur une question que nous avons discutée à une époque toute récente. Et toutefois, nous avons encore une autre excuse ; elle est dans les motifs de plusieurs arrêts et dans quelques critiques dont nos précédentes observations ont été l'objet : nous y remarquons des assertions complétement inexactes, et il nous paraît d'autant plus nécessaire de les relever que ces assertions, touchant aux principes et aux sources mêmes du droit, ne pourraient, si elles s'accréditaient, qu'ajouter encore au trouble et à la confusion dans lesquels nous voyons s'obscurcir déjà le point de droit en lui-même le plus simple et le plus net.

II. — Si nous n'avions à envisager la question résolue par les arrêts de la Cour de cassation que dans le cas qui se présentait devant la Cour, le cas de renonciation par la femme à la communauté, notre tâche serait de beaucoup simplifiée.

D'une part, en effet, les auteurs, jusqu'ici, avaient paru abandonner, dans ce cas, le principe posé par la Cour suprême. Ceux-là même qui étaient intervenus pour défendre ce principe, disaient bien et tentaient d'établir que la femme qui a *accepté* la communauté et a fait un bon et fidèle inventaire doit prélever ses reprises sur les valeurs mobilières de la communauté par préférence ; mais de la femme qui a *renoncé* ils n'avaient pas dit un mot. On peut consulter soit la dissertation dont M. Devilleneuve

23 mars 1850 (celui qui a été cassé par l'arrêt du 15 février 1853); un d'Amiens du 8 mai 1851, et un de Paris du 31 décembre 1852.

[1] Il serait trop long d'énumérer ici ces décisions; le lecteur en suivra la trace en se reportant aux derniers cahiers des recueils. V. Devilleneuve et Carette, 54, 2, 145 ; Dalloz, 54, 2, 1 ; *J. du Pal.*, année 1854, t. I, p. 225 et suiv.

[2] Voir Dalloz, 54, 1, 152; *Journal du Palais*, 1854, t. I, p. 246; Devilleneuve, 54, 1, 162.

Digitized by Google

a fait suivre, dans son recueil, l'arrêt de la Cour de Rennes du 17 juin 1853 (1853, part. II, p. 529 et suiv.), soit celle que M. Mennesson a placée dans sa monographie sur les *Récompenses dans le régime de la communauté légale* (p. 159, part. I, ch. III, sect. 2, n° 10), et on verra que ces deux écrivains, les seuls, sauf MM. Caquot et Vavasseur dont nous aurons à parler tout à l'heure, qui *depuis* l'arrêt du 15 février 1853 ont pris parti pour la doctrine consacrée par cet arrêt, ne citent pas de textes, n'invoquent pas d'autorités, ne présentent pas de raisonnements qui s'appliquent à l'hypothèse particulière de la renonciation par la femme à la communauté ; en sorte que, sur ce point, le seul pourtant que la Cour suprême eût à résoudre, la thèse que cet arrêt a établie avait été, jusqu'à MM. Vavasseur et Caquot, que nous venons de citer, absolument désertée par la doctrine.

D'une autre part, les tribunaux tendent de plus en plus à la rejeter. Sans doute, la Cour de Besançon, qui avait d'abord jugé dans ce sens et dont l'arrêt avait été cassé par ce motif, s'est conformée plus tard à une doctrine dont l'une des premières elle avait proclamé l'illégitimité [1]; sans doute, la Cour d'Amiens semble de son côté avoir voulu suivre cet exemple [2]. Mais en regard de ces rétractations, trop dociles peut-être, nous plaçons la résistance persistante et raisonnée des cours et des tribunaux qui, se rangeant à l'avis dominant avant l'arrêt du 15 février 1853 [3], jugent que la femme *renonçante* est simplement créancière, et, partant, qu'elle ne peut être payée de ses reprises, sur les valeurs mobilières, que par concurrence avec les autres créanciers de la communauté [4].

Ainsi, dans ce cas particulier de la renonciation par la femme à la communauté, défaillance de la doctrine et désaveu énergique de la majorité des tribunaux; voilà, dans la vérité des choses,

[1] Voir l'arrêt rendu par cette Cour, le 20 décembre 1853. — *Journal du Palais* 1854, t. I, p. 246.

[2] Voir *ibid.*, p. 248, un arrêt du 11 juin 1853.

[3] Voir les arrêts déjà cités de Lyon, 25 juillet 1822; de Besançon, 23 mars 1850, et d'Amiens, 8 mai 1851.

[4] Voir les arrêts de Caen, 25 juillet 1853; de Rennes, 17 juin 1853; de Paris, 13 janvier 1854 et 6 mai 1854. Ces divers arrêts sont rapportés dans les recueils aux endroits que nous avons déjà indiqués. *Le Journal du Palais* rapporte, en outre, en note de la page 244, deux jugements conformes, l'un du tribunal de la Seine, du 1er avril 1854, l'autre du tribunal de Lille, du 27 avril 1854.

Digitized by Google

ce qui s'est produit après l'arrêt du 5 février 1853, dont celui du 11 avril 1854 n'est que le pâle reflet. — Avons-nous raison de dire que la tâche serait de beaucoup simplifiée si nous n'avions à envisager que ce cas particulier? Il faut l'accomplir toutefois et mettre dans tout son jour l'insuffisance des moyens sur lesquels la Cour de cassation établit sa doctrine.

III. — Ces moyens, du reste, se résument tous, pour la Cour suprême, dans la prétendue *copropriété* de la femme, même renonçante. « *Vu les art.* 1470, 1471, 1483 et 1493, dit la Cour; — Attendu qu'il résulte de ces articles que c'est à titre de propriétaire que la femme, de même que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses propres lors de la dissolution de la communauté, et qu'en conséquence l'actif de la communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises ci-dessus; qu'il suit de là que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté, et qu'elle doit être intégralement remplie desdites reprises avant que lesdits créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de cette communauté; qu'elle a droit par conséquent de se prévaloir, contre ces derniers, de ces principes, qui sont généraux dans la matière, *et applicables soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce*, puisque dans l'un et l'autre cas il s'agit pour elle de rentrer dans ses biens propres ou dans leur valeur; — Attendu, quant au mode de prélèvement dont il est question, que l'art. 1471 précité dispose que les reprises de la femme pour ses propres non existants en nature doivent s'exercer d'abord sur l'argent et le mobilier, et subsidiairement seulement sur les immeubles de la communauté, et qu'il suit de là et des principes ci-dessus que les droits des créanciers ne peuvent s'exercer sur les valeurs mobilières *qu'après le prélèvement intégral desdites reprises...* »

Peu d'arrêts sont conçus en termes qui aillent moins directement que ceux-ci à la question résolue.

Constatons d'abord que, pour juger ainsi qu'elle vient de le faire, la Cour de cassation a dû mettre en oubli ses propres précédents, et faire violence à des principes qu'elle a consacrés elle-même à diverses reprises.

Ainsi, en 1837, on déférait à sa censure un jugement par lequel le tribunal de Saint-Omer avait autorisé la perception d'un simple droit fixe sur un acte notarié qui, après avoir liquidé les

Digitized by Google

droits d'une femme renonçante, constatait l'abandon fait à cette femme de divers biens provenant de la communauté pour la remplir des reprises liquidées; le tribunal avait pensé que le droit proportionnel de mutation n'aurait été exigible que dans le cas où la femme aurait été couverte de ses reprises par des biens propres au mari. Le jugement fut cassé, le 22 nov. 1837, par des motifs qu'il est intéressant de rappeler. — « *Vu les articles* 1492, 1493 *et* 1495 C. civ., disait la Cour suprême : — Attendu que, par la renonciation de la femme à la communauté, *le mari devient seul propriétaire* des biens qui la composent; que, par conséquent, l'action en reprises que la loi réserve à la femme *aux lieu et place de son droit primitif de copropriétaire* sur les biens meubles et immeubles de cette communauté, et, en cas d'insuffisance, sur les biens personnels de son mari, pour la remplir de ses reprises, ELLE NE L'EXERCE QU'A TITRE DE CRÉANCIÈRE; que, si, comme le reconnaît le jugement attaqué, il y a mutation soumise au droit proportionnel d'enregistrement lorsque les biens donnés à la femme pour la remplir de ses apports sont personnels au mari, il en résulte nécessairement qu'il y a mutation soumise à ce droit dans le cas même où ces biens ont fait partie de la communauté, *puisqu'ils sont devenus la propriété personnelle du mari...* »

Ainsi encore, en 1838, on déférait à la censure de la Cour de cassation un autre jugement par lequel le même tribunal de Saint-Omer ordonnait la restitution d'un droit de vente qui avait été perçu sur un acte établissant la liquidation des reprises d'une femme renonçante, et l'abandon fait à cette femme, pour la remplir de ses reprises, de diverses valeurs dépendant de la communauté dissoute. La Cour de cassation resta fidèle à sa doctrine, comme le tribunal de Saint-Omer était resté fidèle à la sienne; elle cassa, par arrêt du 28 août 1838, en disant : — « *Vu les art.* 1492, 1493 *et* 1495 C. civ.; — Attendu que l'un des effets de la renonciation de la femme à la communauté est de *rendre le mari seul propriétaire des biens dont cette communauté se compose;* et qu'ainsi, ce n'est plus *à titre de copropriétaire*, MAIS COMME CRÉANCIÈRE SEULEMENT, que la femme exerce ses actions et reprises sur les biens ayant appartenu à la communauté ; — Que, lorsque les biens qui faisaient partie de la communauté, mais qui sont ensuite devenus, par la renonciation de la femme, *la propriété personnelle du mari*, sont donnés à la femme pour la remplir de ses

Digitized by Google

apports et reprises, il s'opère au profit de celle-ci une mutation soumise au droit proportionnel d'enregistrement... »

On le voit, l'opposition est on ne peut plus tranchée : en 1837 et en 1838, la Cour de cassation pose en principe que la renonciation ne laisse rien subsister, en faveur de la femme renonçante, de ce droit primitif de copropriété qu'elle a pu avoir, et que c'est seulement *à titre de créancière* qu'elle exerce l'action en reprises qui lui est réservée par la loi; en 1853 et en 1854, elle juge, au contraire, que le droit de propriété subsiste intact, même après la renonciation, et que la femme renonçante, aussi bien que la femme acceptante, agit *comme propriétaire*, et non comme créancière, quand elle vient exercer ses reprises ! — Et qu'on ne dise pas que la question qui s'agitait en 1837 et en 1838 se liait au droit fiscal. Nous n'admettons pas, et personne ne saurait admettre, que les actes et conventions, que les conditions civiles, puissent avoir, au point de vue du droit d'enregistrement, un caractère et des effets différents de ceux qu'ils ont au point de vue du droit civil. La loi fiscale ne définit pas, elle prend les actes et les conventions tels qu'ils sont définis par la loi civile, et leur applique le droit. Aussi est-ce uniquement par une appréciation des principes ordinaires que l'on peut arriver à reconnaître la dénomination du tarif sous laquelle telle ou telle convention doit être rangée. Et c'est, en particulier, ce qui a eu lieu dans les espèces précitées. La loi fiscale n'ayant nulle part indiqué ni les caractères de la renonciation, ni la nature du droit de reprise exercé par la femme renonçante, c'est à la loi civile que la Cour de cassation a dû avoir recours ; et il est très-remarquable qu'en effet les premiers textes qui sont visés dans les arrêts de 1837 et de 1838 sont précisément les art. 1492, 1493 et 1495 C. Nap. — Il n'y a donc pas d'équivoque possible ; la Cour de cassation dit en 1853 et en 1854 exactement le contraire de ce qu'elle disait en 1837 et en 1838.

IV.— La vérité, la justice, le droit, ont-ils gagné du moins à ce revirement ? Que le lecteur en juge.

A ne prendre que les textes visés, on doit reconnaître que l'arrêt de 1853 a son point de départ dans une confusion évidente. Il s'agissait exclusivement, dans l'espèce, d'un cas de renonciation par la femme à la communauté ; tel était aussi le cas qui se produisait lors des arrêts de 1837 et 1838. Mais, tandis que la Cour, dans ces derniers arrêts, visait très-exactement les

Digitized by Google

articles 1492, 1493 et 1495 C. Nap., et déduisait sa théorie des principes formulés par ces articles, elle les a laissés à l'écart en 1853 pour viser particulièrement les articles 1470, 1471 et 1483. Elle a fait plus que de viser ces articles, elle les a discutés et interprétés, elle a généralisé les conséquences, exactes ou non, qu'elle en déduisait, et en a attribué le bénéfice à la femme renonçante aussi bien qu'à la femme acceptante.

Là est la confusion, et cette confusion est dans les mots aussi bien que dans les choses.

Elle est dans les mots : car l'arrêt parle incessamment des *prélèvements* à exercer par la femme *renonçante*. Or les prélèvements font partie des opérations du partage. Mais y a-t-il partage dans le cas de renonciation à la communauté ? Non. Il ne peut donc y avoir prélèvement; et en effet on peut voir que le législateur, qui, lui, ne s'y est pas mépris, ne s'est jamais servi de ce terme *prélèvement* dans les textes relatifs à la renonciation.

Elle est dans les choses : car la renonciation et l'acceptation, qui sont, dans le langage ordinaire, les deux termes contraires de la volonté, loin d'avoir été confondus par le législateur, sont l'objet de deux sections distinctes, dans lesquelles leurs effets respectifs se trouvent déterminés séparément. Il n'est donc pas possible d'étendre à la première des règles qui ne sont écrites que pour la seconde. — C'est, du reste, ce que la Cour de Caen a démontré de la manière la plus nette dans son arrêt si remarquable du 25 juillet 1853. « La femme renonçante, a-t-elle dit, exciperait mal à propos des art. 1470, 1471 et 1483 C. Nap. : la portée de ces articles, par la rubrique sous laquelle ils sont placés, est clairement limitée au cas de l'acceptation de la communauté, et il est d'autant moins permis d'y voir un principe général, que les droits auxquels ils s'appliquent sont, pour le cas de renonciation, réglés d'une manière spéciale par les art. 1492, 1493 et 1495 du même Code. Quand le législateur a voulu inscrire sous la rubrique de l'acceptation une disposition qui s'appliquât également au cas de la renonciation, il a eu soin de le déclarer formellement, comme il l'a fait pour le deuil de la femme par le troisième paragraphe de l'article 1481. Enfin, la distinction entre les deux cas résulte même de la différence des termes employés par la loi : dans le cas de l'acceptation, la loi qualifie de *prélèvement* l'exercice des droits de la femme, ce qui peut impliquer la reconnaissance d'un droit de propriété préexistant, tandis que, pour le cas

Digitized by Google

de la renonciation, elle ne donne à ces mêmes droits, par les art. 1493 et 1495, que le nom d'*actions et reprises*, ce qui ne peut s'entendre, évidemment, que d'un droit de créance. »

Ainsi, à son point de départ même, cela est évident, l'arrêt du 15 fév. 1853 est entaché d'un vice qui affecte nécessairement ses déductions, et en compromet la portée doctrinale. Nous ne parlons pas de l'arrêt du 11 avril 1854, non-seulement parce que, dans l'espèce, il y avait, au contrat de mariage, une clause particulière sur laquelle l'arrêt est spécialement fondé; mais encore parce que, dans sa partie doctrinale, cet arrêt ne prend pas la peine de se justifier, et se borne à présenter un extrait affaibli de celui du 15 fév. 1853. — Aussi, des rares champions qui ont pris parti pour la doctrine de la Cour suprême, il n'en est pas un, à notre connaissance, qui se soit arrêté aux motifs sur lesquels cette doctrine est assise, et les ait acceptés. Par exemple, MM. Caquot et Vavasseur, qui, dans des dissertations spéciales, nous ont fait l'honneur de s'attaquer aux idées par nous émises dans cette Revue à l'occasion de l'arrêt du 15 fév. 1853, se rencontrent dans une pensée commune, à savoir : que la solution de la question se déduit nettement du sens exact, de la signification réelle du mot *communauté* ; mais ni l'un ni l'autre, dans la partie de leur travail où ils traitent de la renonciation, ne se rattachent aux art. 1470, 1471, 1483; ils laissent ces articles à l'écart, au contraire, et ont grand soin de n'en faire usage que lorsqu'ils traitent des reprises en cas d'acceptation.

V. — Est-ce à dire cependant que MM. Vavasseur et Caquot aient évité d'une manière absolue cette confusion que nous reprochons à l'arrêt du 15 fév. 1853? Est-ce à dire que leur théorie justifie mieux que celle de cet arrêt le prétendu droit de propriété de la femme renonçante? Nous ne le pensons pas. — Tant que les reprises ne sont pas exercées, disent nos contradicteurs, la communauté est encore inconnue; elle ne se dégage de la *masse des biens* qu'après les prélèvements des époux. L'art. 1468 déclare l'existence de cette masse; c'est sur cette masse que s'exercent les prélèvements (1470); ensuite apparaît la communauté : renoncer à la communauté, ce n'est donc pas renoncer à *la masse des biens*, qui reconnaît trois créditeurs : la femme, le mari, la communauté. La femme qui renonce à la communauté est donc *copropriétaire* indivisément de la masse, désormais composée de deux éléments au lieu de trois, car les biens de la commu-

Digitized by Google

nauté sont réunis alors à ceux du mari. Copropriétaire, la femme en exerce les droits ; elle aurait *prélevé* si elle fût restée intéressée à la communauté, puisqu'elle aurait eu à partager cette communauté ; mais, n'ayant pas, comme renonçante, de partage ultérieur à exercer, elle *reprend* ce qui, de son chef, a été exclu de la communauté, et qui lui est constamment resté propre, quelque modification que ces propres aient pu subir de l'administration du mari. « Que l'on veuille bien, ajoute M. Caquot, étudier avec soin le titre du mariage, méditer sur les détails, y appliquer cette clef de la *masse des biens*, placée à l'art. 1468, et l'on reconnaîtra, à n'en plus douter, que le législateur a plus d'une fois employé l'expression de *communauté* pour celle de *masse de biens*. Cela bien constaté, tout devient clair et tous les ambages s'évanouissent. »

Nous sommes bien loin de partager, sur ce point, les illusions de nos contradicteurs ; et, à nos yeux, cette clef de *la masse des biens*, expédient imaginé pour ramener, par une autre voie, à cette prétendue copropriété d'où l'on fait découler le droit de préférence en faveur de la femme, est une donnée complétement fausse, au moins dans l'hypothèse où nous sommes placés. Pourquoi cela? Nos contradicteurs le disent eux-mêmes : c'est qu'il n'y a pas de partage à faire dans le cas de renonciation. Or là où il n'y a pas de partage possible, là il ne saurait y avoir non plus de *masse* dans le sens juridique du mot ; et, pour nous, cette expression, *masse de biens*, dans l'hypothèse de renonciation, n'est ni moins impropre, ni moins inexacte que le terme *prélèvement* dont les arrêts de la Cour de cassation affectent de se servir dans la même hypothèse. — Et en effet, voyez le texte de la loi ! Où donc parle-t-elle de la *masse des biens?* D'abord à l'art. 1468, qui prend le premier rang dans la section relative au *partage* de l'actif ; ensuite à l'art. 1470, qui règle les *prélèvements* de chaque époux ou de son héritier, encore dans le cas de *partage* ; enfin, à l'art. 1474, qui exprime « qu'après que tous les *prélèvements* des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se *partage* par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent. » Mais est-il dit un seul mot de cette *masse* (qui doit tout expliquer !) dans la section suivante, qui a trait à la renonciation? Non, pas un seul ! Ne nous arrêtons donc pas à cette évocation de la *masse de biens*. Nous verrons plus tard le rôle que cette masse peut jouer dans le cas d'acceptation ; mais elle n'est assurément pas en situation dans l'hypothèse de renonciation ; et nous la laisse-

Digitized by Google

rons de côté, quant à présent, pour revenir à la vérité des choses.

VI.— La vérité, dans le cas de renonciation, est établie par des principes que rien ne saurait obscurcir. La femme qui renonce à la communauté abdique par cela même tous les droits qu'elle pouvait avoir aux biens de cette communauté. Tous les auteurs ont dit et répété cela cent fois ; et M. Troplong lui-même, qui cependant a devancé la jurisprudence consacrée par la Cour suprême, l'a exprimé dans des termes que nous ne pouvons nous empêcher de reproduire : « Quand la femme, a dit l'éminent magistrat, après avoir examiné l'état des forces de la communauté, juge qu'il lui est préjudiciable de l'accepter ; quand, exempte de toute immixtion, elle a fait sa renonciation, alors la communauté disparaît comme si elle n'avait jamais existé. Le mari, qui n'en avait été que le chef, est censé avoir été toujours propriétaire, même *ab initio*, des effets qui la composent. Ce n'est pas un droit nouveau qu'il acquiert ; c'est son droit originaire qui se dégage, qui se purifie et qui devient individuel et propre, *jure non decrescendi*. Tout ce qui a été fait dans un nom commun n'est plus que le fait du mari seul. Quant à la femme, quoique, jusqu'à la dissolution de la communauté, elle ait vécu comme commune, sinon *actu*, au moins *habitu*, sa renonciation l'assimile à l'héritier, qui, dès l'instant qu'il renonce, est censé n'avoir jamais été héritier... La renonciation rend donc la femme entièrement étrangère à la communauté. Toute cette communauté appartient au mari ou à ses héritiers, comme si la femme n'y avait jamais eu aucun droit. Un effet rétroactif s'attache nécessairement à cette résolution. C'est pourquoi la femme perd toute espèce de droit sur les effets qu'elle a fait entrer dans cette communauté : elle les a aliénés au profit de la société ; en renonçant à la société, elle les perd par un sacrifice volontaire. Elle n'y pouvait prendre part que par son acceptation ; mais, dès l'instant qu'elle renonce, elle consomme l'aliénation qu'elle en avait faite en les mettant en communauté. » (*Contr. de mar.*, t. III, n°s 1811 et 1812.) — Ainsi, par l'effet de la renonciation, la communauté est rétroactivement effacée ; le mari seul reste propriétaire, et est censé avoir toujours été propriétaire, de tous les biens qui ont composé cette communauté ; la femme, elle, lui est étrangère, elle est censée l'avoir été toujours. Voilà la situation légale que crée la renonciation : voilà la situation telle qu'elle résulte de l'art. 1492 C. Nap.

Digitized by Google

Dira-t-on maintenant, en présence de cette situation, que la femme renonçante, lorsqu'elle exerce ses reprises, agit comme propriétaire, et qu'elle doit être admise à les prélever sur les valeurs de la communauté? Mais les principes aussi bien que les textes condamnent une telle prétention.

La femme exercerait ses reprises sur les valeurs de la communauté! — Comment donc cela? La communauté n'existe plus après la renonciation, tous les biens en sont confondus dans les mains du mari avec ses biens personnels. Il faudrait donc reconstituer la communauté; il faudrait plus que cela, puisque, après avoir reconstitué cette communauté, il faudrait attribuer à la femme, sur les biens qui l'ont composée, des droits que l'article 1492 lui refuse positivement! Cela n'est assurément pas possible.

La femme agirait comme propriétaire en exerçant ses reprises! — On peut l'admettre s'il s'agit de biens immobiliers propres à la femme ou acquis en remploi, parce que ces biens existent en nature, et n'ont, à aucune époque, été confondus avec les biens de la communauté : encore même pourrait-on dire peut-être, dans ce cas, que la femme est simplement créancière de corps certains. Mais s'il s'agit d'objets mobiliers qui se consomment par l'usage, et ne sont pas susceptibles dès lors d'une restitution en corps identiques, s'il s'agit encore de droits incorporels, tels que les indemnités résultant de la gestion du mari, comment admettre que de tels objets aient pu être frappés entre les mains du mari, administrateur de la communauté, d'un droit de propriété distinct en faveur de la femme? Les textes y résistent aussi bien que la nature des choses; c'est ce qu'on voit par les art. 587 et 1532, qui, faits, l'un pour l'usufruitier, l'autre pour le mari, expriment, dans les mêmes termes, que, lorsque l'usufruit ou la dot comprennent des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, l'usufruitier ou le mari en doivent *rendre le prix* à la fin de l'usufruit ou à la dissolution du mariage. Et l'art. 1493, qui règle les reprises de la femme précisément en cas de renonciation, s'accorde avec tout cela. Car que dit-il? Que la femme reprend... « *le prix* de ses immeubles aliénés dont il n'y a pas eu remploi régulier, et *toutes les indemnités* qui peuvent lui être *dues* par la communauté. » Le prix et les indemnités dues! Qu'est-ce à dire, sinon qu'il s'agit là d'un droit de créance, non point d'un droit de propriété?

Digitized by Google

La femme renonçante est donc créancière de ses reprises; c'est ainsi que l'avait décidé la Cour de cassation par ses arrêts de 1837 et de 1838, en s'inspirant alors des textes mêmes que nous venons d'invoquer, et qui dominent en effet la question. La solution contraire qu'elle a émise en 1853 et en 1854 est d'autant moins justifiée que la Cour suprême a dû, pour l'établir, laisser de côté ces textes, et faire appel à d'autres qui régissent une situation toute différente.

VII. — Or, si la femme renonçante est simplement créancière de ses reprises, à quel titre donc serait-elle privilégiée? — On dit bien qu'il ne faut pas parler ici de privilége; qu'il n'y a rien de cela; que tout se résume, pour la femme, dans un droit de *délibation et de préférence* prenant sa source dans ce fait que le prix de ses propres n'est entré dans la communauté *qu'à titre de dépôt*. (V. M. Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1829, et l'arrêt de Besançon du 20 déc. 1853.) Mais ne prenons pas le change; ces idées de dépôt et de délibation ont un double tort à nos yeux: elles sont inexactes; de plus elles font appel à des expressions trompeuses qui voilent mal la chose sous le mot.

L'idée est inexacte, cela est très-certain. La femme ne demande pas en effet la restitution d'un dépôt, car ses propres ne subsistent pas en nature, et le mari n'a pas été tenu de les conserver; il a pu s'en servir, rien ne l'obligeait à les rendre identiquement dans les mêmes espèces. Ces obligations, qui incombent au dépositaire, d'après les art. 1930 et 1932 C. Nap., ne sont pas du tout celles du mari, qui n'est nullement un dépositaire, mais un administrateur ou un mandataire légal. Aussi supposons-nous que la femme exerce un droit de reprise, puisqu'il n'y aurait pas de question sans cela; et supposons-nous encore que ce qu'elle demande ce n'est pas un corps certain, mais une somme d'argent, non pas son propre en nature, mais la valeur de son propre. Il est donc évident qu'il n'y a, en aucune façon, à s'occuper ici de l'idée de dépôt.

Et maintenant supposons que l'idée de dépôt soit compatible avec le rôle qui appartient au mari recevant les propres de sa femme, et vous verrez qu'en définitive le droit qu'on réclame pour celle-ci se résume en un véritable privilége. Ce droit prétendu de délibation et de préférence dont la femme est gratifiée dans le système que nous combattons n'est, en effet, nullement inhérent au contrat de dépôt. Supposez que Pierre ait constitué

Digitized by Google

Paul dépositaire d'une somme de 20,000 fr. : Paul, méconnaissant la loi du dépôt, dispose de la somme, et Pierre ne la trouve plus quand il vient la réclamer; elle est employée dans un mobilier plus ou moins riche dont Paul s'est rendu acquéreur. Assurément Pierre n'aura, sur ce mobilier, aucun droit de préférence par rapport aux autres créanciers ordinaires de Paul, et tout ce à quoi il pourra prétendre, ce sera de partager le mobilier avec eux. Eh bien! pour la femme ce serait autre chose! Paul a dissipé 20,000 fr. provenant d'un propre de sa femme, ou s'en est servi pour payer des acquisitions qu'il a faites; la communauté se dissout, et la femme de Paul y renonce; puis elle vient exercer la reprise du prix de son propre. Et parce que ce prix, d'après le système que nous combattons, serait passé, dans les mains de Paul, comme un dépôt que lui aurait fait sa femme, celle-ci serait traitée autrement que Pierre, dans l'exemple ci-dessus, et aurait sur le mobilier un droit de préférence qui a dû être refusé à Pierre, dont le droit prenait cependant sa source dans un dépôt, comme celui de la femme! — On voit donc bien que, de quelque nom que soit appelé le droit de la femme, droit de délibation, droit de préférence, ce droit, au fond, serait un privilége! Et que peut-il être autre chose quand on le voit entrer en lutte avec le privilége que la loi accorde au bailleur sur les meubles qui garnissent les lieux loués, et l'emporter même sur lui [1]?

Nous pouvons alors revenir à notre question : à quel titre la femme est-elle créancière privilégiée? Ce privilége qu'elle invoque est-il écrit quelque part? Non! Il n'est donc pas possible de l'admettre, car la matière des priviléges est essentiellement de droit étroit; la loi en règle l'étendue d'une manière précise, et ni la doctrine ni la jurisprudence n'y peuvent rien ajouter. — Elles le peuvent d'autant moins ici qu'en définitive, ce privilége, dont l'effet serait d'enlever aux créanciers de la communauté les garanties et le gage sur lequel ils ont dû compter en traitant de bonne foi avec le chef de cette communauté, irait par cela même paralyser par avance dans les mains de celui-ci les droits qu'il tient de la loi et anéantir son crédit. — Nous comprenons donc

[1] L'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 11 avril 1854, fait prévaloir, en effet, le droit de la femme renonçante sur celui qu'a le bailleur d'une maison louée sur les meubles qui garnissent les lieux.

Digitized by Google

que, loin de suivre l'impulsion donnée par la Cour suprême, on dise à la femme renonçante : « En dehors de votre hypothèque légale, vous n'avez contre votre mari d'autres garanties que celles que l'on accorde à ses autres créanciers; si donc vous voulez agir sur les valeurs mobilières qui ont fait partie de la communauté, et se sont confondues avec les biens personnels de votre mari par l'effet de votre renonciation, résignez-vous à ne venir qu'au marc la livre et par contribution avec ses autres créanciers. » C'est l'avis de M. Marcadé, sur l'art. 1493, n. 1, que nous avons déjà cité; c'était l'opinion de Toullier (t. XIII, n. 286), qui la formulait en ces termes : « Elle a même (la femme renonçante) une hypothèque légale indépendante de l'inscription sur tous les immeubles du mari à compter des époques fixées par l'art. 2135 du Code. *A l'égard des meubles, comme le Code ne lui donne pas de privilége, et qu'ils ne sont pas susceptibles d'hypothèque, elle est réduite à venir à contribution avec les créanciers.* » Telle est aussi l'opinion de M. de Vatimesnil, dont nous sommes autorisé à invoquer le témoignage; elle a été exprimée par M. Coin-Delisle dans une consultation délibérée à l'occasion de l'affaire jugée par l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mai 1854 et par M. Fouet de Conflans, dans une dissertation qui accompagne l'arrêt de Rennes du 17 juin 1853 dans le Recueil de M. de Villeneuve [1]; elle est soutenue par M. Grivart, professeur suppléant à la faculté de Rennes, à l'occasion de ce même arrêt [2]; elle a été défendue par M. Mimerel dans ce Recueil même [3]; enfin la jurisprudence des Cours et des tribunaux, comme on vient de le voir, tend de plus en plus à la consacrer.

Cette résistance si marquée à la doctrine de la Cour suprême ne s'en tiendra pas là, nous le croyons fermement. La question que cette doctrine a ravivée est trop pratique, les intérêts qu'elle froisse sont trop nombreux et trop variés, pour que le second arrêt de la Cour souveraine ait pu tout trancher. Aussi voit-on que, même après l'arrêt du 11 avril 1854, les décisions contraires continuent de se produire. La lutte subsiste donc dans toute son énergie, et, tant qu'elle subsistera, les arrêts de la Cour de cassation rencontreront inévitablement des résistances nouvelles. Il ne faut pas s'en plaindre. Le jour n'est pas éloigné peut-être

[1] V. 1853, part. II, p. 530.
[2] V. jurisprudence de la Cour de Rennes, juin 1853, p. 298.
[3] V. *supra*, p. 408 et suiv.

Digitized by Google

où ce cas particulier de la renonciation sera conduit, par la force des choses, devant les chambres réunies de la Cour suprême. Ce jour-là, sans doute, la Cour croira devoir s'expliquer par des considérations *qui soient propres à ce cas;* et alors, nous le croyons, ramenée, par l'examen, à ces idées si justes qu'elle émettait en 1837 et en 1838, la Cour suprême condamnera définitivement ce privilége qu'elle a créé, en 1853 et 1854, contre la justice et contre le droit.

VIII. — La jurisprudence doit aller plus loin encore. Dans l'état actuel des choses, elle prête moins d'appui à notre opinion, nous le reconnaissons, dans le cas d'acceptation, par la femme, de la communauté [1]; mais, même dans ce cas, ce droit de préférence que l'on accorderait à la femme serait sans justification et sans base légale.

La femme qui accepte la communauté a bien un droit de copropriété; nous avons admis cela et l'admettons encore. Mais sur quoi porte cette propriété? Sur une communauté grevée d'un passif. Il faut donc éteindre ce passif avant que la copropriété de la femme puisse trouver sa réalisation, car il n'y a de biens que déduction faite des dettes. Et comme l'actif est le gage commun des créanciers de la communauté, il répugnerait à toutes les idées de justice que la femme pût dire : « Me voici au partage; m'y voici à côté de créanciers qui viennent aussi, il est vrai, avec des droits à exercer; mais il n'importe! je prends au préalable ma part, franche et quitte des dettes de la communauté; tant pis pour les créanciers s'ils ne peuvent pas se venger sur le surplus! » En acceptant cette communauté, qu'il lui était loisible de répudier, au contraire, la femme, par une option volontaire et libre, a donné son adhésion à la gestion maritale; elle en doit donc subir les conséquences; et, si elle a des reprises à exercer, elle est, de ce chef, créancière elle-même, et doit faire valoir les droits résultant de cette qualité comme et avec ceux à qui cette qualité appartient aussi bien qu'à elle, c'est-à-dire qu'elle doit venir au marc la livre, sans privilége ni préférence. Voilà tout le système dans sa formule la plus brève.

[1] V. les arrêts d'Angers, 2 décembre 1830, de Bordeaux, 13 juillet 1852, de Paris, 31 décembre 1852 et 9 février 1854. — Mais l'opinion que nous défendons a été solidement établie par deux jugements, l'un du tribunal d'Angers, du 7 février 1854, l'autre du tribunal de Napoléon (Vendée), du 24 août 1853, rapportés tous deux par le *Journal du Palais*. Année 1854, t. I, p. 250.

Digitized by Google

Que lui reproche-t-on? Assurément ce n'est ni de l'obscurité ni de la complication. M. Dalloz, qui a résumé tous les systèmes avec beaucoup de précision, rend hommage à la grande netteté de celui-ci, soit dans son principe, soit dans ses déductions (1854, part. 2, p. 1, à la note). Mais ce qu'on conteste, dans ce système, c'est la distinction qui en est toute l'économie. La femme, dit-on, est propriétaire, et elle n'est que cela; elle est propriétaire de ses reprises comme elle est propriétaire indivise de la communauté, et elle en est propriétaire tant vis-à-vis des créanciers de la communauté que vis-à-vis du mari [1] : le droit de préférence résulte donc à son profit de cette situation.

Cependant il ne suffit pas à une proposition, quelque vraie qu'on veuille la supposer, de s'affirmer; il faut qu'elle se démontre. Comment donc se démontre celle dont il s'agit ici? Jusqu'à ces derniers temps, on s'était borné, il faut le dire, à poser

[1] M. Vavasseur, notamment, à la page 15 de sa dissertation, s'élève contre cette distinction, tellement inadmissible, selon lui, que nous en aurions été nous-même embarrassé. « On ne peut guère, dit-il, être et n'être pas propriétaire; aussi, en dernière analyse, M. Pont paraît pencher pour l'opinion de M. Marcadé, que la femme exerce ses prélèvements à titre de copropriétaire, mais que les valeurs prélevées sont le gage des créanciers, ce qui amène le singulier et imprévu résultat qu'en cas d'insuffisance de l'actif, la femme ne pourrait même plus concourir, avec les créanciers, à la répartition de cet actif. » M. Vavasseur est tombé là, en ce qui nous concerne, dans une méprise complète, et nous nous croyons en droit de dire que cette méprise est le résultat plutôt d'une lecture inattentive de la part de notre contradicteur que d'une insuffisance d'explication de notre part. Nous n'avons pas à défendre ici la conséquence déduite de son système par notre collaborateur et ami M. Marcadé; cette conséquence est logique, elle est nécessaire; et c'est précisément parce qu'elle est tout cela, que nous avons dit, dans notre première dissertation, qu'il ne servirait de rien, à la femme, d'exciper de sa qualité de propriétaire même vis-à-vis des créanciers de la communauté, et qu'il lui valait mieux s'en tenir à la qualité de créancière, qui, si elle ne lui donne pas un titre supérieur et préférable à celui des créanciers de la communauté, lui donne au moins un titre égal. C'est à ce point de vue seulement que nous avons reproduit la doctrine de M. Marcadé; et M. Vavasseur était d'autant moins autorisé à dire qu'en dernière analyse nous paraissons pencher pour cette doctrine, qu'à l'instant même où nous la reproduisons, nous exprimons formellement que nous ne voulons pas aller jusqu'à elle, et que nous nous attachons au système qui considère la femme vis-à-vis des créanciers de la communauté comme créancière elle-même, parce que ce système est plus équitable, parce qu'il est celui de l'ancienne jurisprudence, parce qu'il rentre parfaitement dans l'esprit des principes complexes qui régissent la communauté. (Voir notre Dissertation au t. III, p. 452.)

Digitized by Google

comme principe le prétendu droit de propriété de la femme; les seuls développements auxquels on s'était livré se rapportaient plus particulièrement au droit de préférence que l'on accordait à la femme comme une conséquence de ce principe prétendu. Aujourd'hui nous avons de plus la théorie, déjà indiquée, de MM. Vavasseur et Caquot, dont l'effort principal tend à établir le droit de propriété. — Démontrons donc tout d'abord l'insuffisance de cette théorie eu égard au but qu'elle se propose; nous viendrons ensuite à la conséquence dans laquelle la pensée de MM. Caquot et Vavasseur se rencontre avec celle de MM. Troplong, Mennesson, Devilleneuve, et avec celle des arrêts de la Cour suprême.

IX. — Si nous ne nous trompons, la théorie que nous examinons se résume ainsi : « Il existe, au commencement comme à la fin du mariage, une masse de biens composée des propres de la femme, des biens de communauté et des propres du mari. Celui-ci est propriétaire seulement de ses propres; quant aux deux autres fractions de la masse totale, il en est simplement administrateur. Il suit de là que, quelque transformation que subissent les propres, et en particulier ceux de la femme, pendant le mariage, la femme n'en conserve pas moins la propriété correspondante à la valeur des propres transformés. C'est cette part que la femme reprend ou prélève à la dissolution de la communauté, c'est-à-dire au moment où cesse l'administration du mari, cette part que le mari n'a pu ni engager ni compromettre, puisque la loi veut que la femme ne soit tenue des dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle retire de la communauté; et cette part, elle la reprend dans la masse totale, mais non dans la communauté, où elle n'est jamais entrée; elle la reprend donc non pas comme copartageante, non pas même comme copropriétaire, mais comme propriétaire exclusive. »

Certes, les rédacteurs du Code, et surtout les fondateurs et les interprètes de notre ancien droit coutumier, auxquels le Code a tout emprunté en cette matière, resteraient quelque peu étonnés devant cette doctrine nouvelle. Ils auraient de la peine à retrouver la théorie de la loi dans ce système qui consiste à maintenir la femme propriétaire de ses propres d'une manière absolue, et à lui donner, par une sorte de subrogation virtuelle, en cas de transformation de ses propres, une part équivalente de propriété dans la masse totale des biens. — C'est qu'en effet rien

Digitized by Google

n'est plus contraire que tout cela à ce qu'on a coutume de considérer comme les principes vrais en matière de communauté.

Sans doute les propres *réels*, c'est-à-dire les propres immobiliers, ont, de tous temps, continué d'appartenir aux époux pour être repris par eux en nature à la dissolution de la communauté, et sinon les immeubles eux-mêmes, au moins ceux qui auraient été acquis en remploi. Mais, de tous temps aussi, le droit a été essentiellement différent en ce qui concerne les propres *fictifs* ou *conventionnels*, c'est-à-dire les meubles réalisés, devenus propres par dérogation à la coutume. Écoutons Pothier. « Il y a une grande différence, dit-il, au n. 325 du *Traité de la communauté*, entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté et les propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels qui sont propres de communauté, mais ils ne se confondent pas avec les biens de la communauté. Le conjoint à qui ils appartiennent continue, durant le mariage, d'en être seul propriétaire, comme il l'était avant le mariage ; et, en conséquence, le mari ne peut aliéner les propres réels de communauté de sa femme sans son consentement. Au contraire, *les mobiliers réalisés, ou propres conventionnels, se confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté, qui est seulement chargée d'en restituer, après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés*. En conséquence, le mari, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces meubles et leur exclusion de communauté *ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur*, que le conjoint qui les a réalisés a droit d'exercer, après la dissolution de la communauté, contre la communauté, *dans laquelle ces meubles réalisés se sont confondus ; et c'est à* CETTE CRÉANCE *de reprise que la qualité de propre conventionnel est attachée*. Le conjoint *n'est pas un créancier* in specie *des meubles réalisés ;* il ne l'est que de leur valeur ; et s'il s'en trouvait quelques-uns en nature lors de la dissolution de la communauté, il y aurait seulement un privilége pour la créance de reprise en les faisant reconnaître. »

Ce passage de Pothier est précieux pour nous à un double titre. D'une part, et quant à présent nous nous bornons à signaler ceci en passant, la question de privilége qui fait l'objet général de notre examen y est nécessairement, quoique virtuellement, tranchée dans le sens de notre opinion, car Pothier, en

Digitized by Google

accordant le privilége seulement pour les meubles qui ont été *conservés en nature dans la communauté*, à la charge même par l'époux créancier de prouver l'identité, l'exclut par cela même dans le cas qui se produit habituellement, celui où les meubles ne se retrouvent pas en nature. D'une autre part, et c'est à ceci que nous devons nous attacher particulièrement dans cette partie de notre discussion, la supposition de MM. Caquot et Vavasseur est contredite par Pothier, non-seulement dans son principe, qui est la prétendue séparation des propres de la femme et des biens de la communauté, mais encore dans sa conséquence, qui est la qualité prétendue de propriétaire de la femme, lorsqu'à la dissolution de la communauté elle vient exercer son droit de reprise. Rien de cela n'est exact, au moins d'après Pothier. La vérité est que les meubles réalisés, ou propres conventionnels, *se confondent* dans la communauté *avec les autres biens mobiliers de la communauté :* et la réalisation de ces meubles et leur exclusion de communauté *ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur*. — Voilà le droit du temps de Pothier, qui en savait bien quelque chose.

Ce n'est pas tout, cependant, et il faut insister. De ce que les propres conventionnels étaient confondus avec les biens de la communauté, il s'ensuivait nécessairement qu'au regard des tiers le mari en avait la disposition, comme il avait la disposition des biens de communauté eux-mêmes. C'est une méprise de MM. Caquot et Vavasseur d'avoir supposé le contraire, et cette méprise les a conduits à cette idée de *subrogation virtuelle* qui bouleverse tous les principes de la matière.

Écoutons encore Pothier. Dans ce numéro même où il vient de marquer, avec sa netteté habituelle, la différence qui existe entre les propres réels et les propres conventionnels, il donne la raison des choses. Et que dit-il? Le voici : « La communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii*. Elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consomme le fonds. Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds; au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage, pour que la communauté

Digitized by Google

en puisse avoir la jouissance, et pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation, il a été nécessaire d'*abandonner ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer*; *sans quoi, la communauté n'en pourrait pas avoir la jouissance*. Il a fallu aussi, pour conserver au conjoint son droit de propriété sur les meubles qu'il a réalisés, *lui donner une créance de reprise de la valeur des effets réalisés*, qu'il aura droit d'exercer contre la communauté, lors de sa dissolution. Ceci est conforme aux principes du droit sur le quasi-usufruit (Inst., tit. *De usuf.*, § 3, et Dig., tit. *De usuf. earum rerum quæ usu consum.*) »

Et, dès lors, si la communauté devient propriétaire, si le droit de disposer et d'aliéner appartient au mari comme chef de la communauté, si la créance de reprise de la valeur est pour la femme le corollaire de ce droit de disposition qui passe au mari, que parlez-vous de cet autre droit consistant en une sorte de subrogation virtuelle qui rendrait la femme propriétaire d'une part correspondante à la valeur de ses reprises transformées? La femme a une créance; il impliquerait qu'elle eût encore la propriété. — Aussi, voyez la faveur avec laquelle cette idée de subrogation était accueillie autrefois. « La femme, dit Ferrière (sur l'art. 232 de la Coutume, glose unique, nos 28 et 29), ne peut pas prétendre que les premières acquisitions faites après l'aliénation de ses propres lui appartiennent pour la remplir, s'il n'y a eu déclaration et consentement exprès du mari et de la femme, *et elle n'a que l'action pour la répétition du prix*. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 3 mai 1603, rapporté par M. Leprestre, centurie 3, ch. 78. Et par cet art. 232 il paraît que c'est l'esprit de la Coutume : *le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté*. Cela aurait lieu même quoiqu'il fût constant que l'héritage aurait été acquis des deniers provenant de la vente du propre, parce qu'il faut que la destination du remploi soit marquée par les conjoints, comme il a été jugé par arrêt du 15 mars 1578, rapporté par Choppin, sur la Coutume d'Anjou. » — Renusson dit également dans son *Tr. des propres*, ch. 4, sect. 5, n° 1 : «... Les acquêts faits pendant la communauté ne sont point subrogés de plein droit aux propres des conjoints qui se trouveraient avoir été vendus pendant la commu-

Digitized by Google

nauté, et ne sont pas réputés de même nature et qualité. Il y a bien quelques coutumes qui parlent de subrogation, mais cela ne s'entend que quand il y a eu une stipulation expresse; et même, afin que la subrogation soit parfaite, il faut que celui des conjoints dont le propre est aliéné déclare expressément par le contrat d'aliénation que le prix de l'aliénation sera employé en autres héritages, qui seront de pareille nature et qualité, et que dans le contrat d'acquisition il soit encore fait mention qu'elle a été faite des deniers procédant de l'aliénation : car il faut qu'il paraisse non-seulement que les deniers aient été véritablement employés, mais encore que celui auquel l'héritage appartenait ait voulu que l'héritage qui était acquis lui tînt lieu d'héritage aliéné, et fût réputé de même nature. La raison est que les subrogations sont de droit étroit, et ne se suppléent pas par présomption et par induction. »

Et notez que cette opinion de Ferrière et de Renusson, admise par les autres auteurs, et consacrée par la jurisprudence, s'appliquait à la transformation d'un *propre réel*. Si donc, dans ce cas même, l'idée de subrogation était inadmissible, et si l'époux dont le propre avait été aliéné acquérait, non point un droit de propriété correspondant sur la valeur représentative de son propre, mais simplement, comme le dit Ferrière, d'après le texte même de la Coutume, *une action pour la répétition du prix*, combien, à plus forte raison, le droit plus étendu de propriété devait-il être refusé à la femme, alors que la transformation avait pour objet *un de ces propres conventionnels* dont la disposition appartenait au mari, en sa qualité de chef de la communauté.

Ainsi cette doctrine de la *masse des biens*, qui a la prétention de tout expliquer, et d'où doit sortir, comme déduction nécessaire, le droit de propriété de la femme, n'autorise pas cette déduction et n'explique rien au point de vue du droit ancien.

X.— Et maintenant quelle en peut être la portée dans l'interprétation de la loi nouvelle? On peut affirmer, *à priori*, qu'elle est absolument nulle : car, encore une fois, nous sommes ici dans un ordre d'idées qui découle tout entier de la tradition. Le Code Napoléon n'a rien créé, en effet, dans le point qui nous occupe ; il a résumé simplement des doctrines admises. En sorte qu'il y a toute raison d'accueillir, *à priori*, comme vraie aujourd'hui, une solution dont la vérité n'était pas contestée sous l'ancien droit.

Digitized by Google

Il y a cependant une objection qui pourrait embarrasser : elle est de M. Vavasseur ; heureusement elle porte sa réfutation avec elle. M. Vavasseur s'élève par avance contre l'autorité des principes anciens et des principes modernes. « On aura beau, dit-il, invoquer l'opinion de Pothier et citer mille textes des Coutumes ou de notre Code, dans lesquels reviennent sans cesse ces expressions, *les sommes versées, tombées dans la communauté :* à tout cela la réponse est simple. — A côté et au-dessus de la société d'acquêts, il y a une masse indivise, une copropriété entre trois personnes. L'existence de cette masse indivise constitue précisément une *communauté de fait*,..... qu'il faut soigneusement distinguer de la société d'acquêts ou de la communauté restreinte... A l'aide de cette distinction, il est facile de comprendre que des sommes soient versées dans la communauté, que des meubles estimés tombent dans la communauté, sans que cependant la société conjugale en soit propriétaire : toutes ces valeurs deviennent communes, c'est-à-dire simplement indivises. Il en est de même des immeubles acquis pendant la communauté : suivant l'article 1401, ils font partie de la communauté : *ce qui assurément ne signifie point que l'être moral en soit propriétaire.* L'erreur ne consiste donc pas à dire que ces valeurs diverses, mobilières et immobilières, sont communes ou font partie de la communauté, mais bien à dire qu'elles appartiennent à la communauté. » — Voilà l'objection : nous y remarquons une grande inadvertance.

Dans le système que nous combattons, dans le système de la *masse des biens*, on a besoin nécessairement, pour justifier cette subrogation qui conférerait à la femme sur la chose acquise une part de propriété correspondant à la valeur de ses propres aliénés, de poser en thèse que ce qui est acquis va dans la masse générale indivise, et ne va pas dans les biens de la communauté proprement dite. Et, on le voit, M. Vavasseur pose cela en thèse, sans hésitation, par rapport aux immeubles acquis pendant le mariage.

Mais, il faut le dire, nous ne connaissons pas, pour notre part, d'inadvertance comparable à celle-là.

Eh quoi ! les immeubles acquis pendant le mariage n'appartiennent pas à la communauté ! Mais voyez donc l'art. 1401 d'abord. Où donc y trouvez-vous la trace de cette masse indivise qui est la base de votre système ? Il est le premier de la section

Digitized by Google

qui va composer la communauté *activement et passivement*, ce qui suppose bien qu'il va régler la situation, non pas de cette masse indivise dont vous parlez, mais bien de cette communauté que vous appelez *société d'acquêts* ou *communauté restreinte ;* et il dit : « La communauté se compose activement, 1° de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble, etc...; 2° de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, etc...; 3° de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. » Voyons, y a-t-il, dans la pensée de la loi, une différence quelconque, sur la question de propriété, entre le mobilier et les fruits, d'une part, et d'une autre part, les immeubles acquis durant le mariage ? Non, assurément ! Vous ne contesterez cependant pas que les meubles et les fruits *appartiennent* à la communaté. Comment donc peut-on raisonnablement contester que les immeubles, en tant qu'ils sont acquis durant le mariage, lui *appartiennent* quand la loi les range, par une formule générale, dans l'énumération de tout ce qui constitue l'élément actif de la communauté? Vraiment l'affirmation que nous combattons est de celles dont on a peine à se rendre compte. — Et puis, d'ailleurs, voulez-vous que l'art. 1401 soit insuffisant pour en démontrer l'inexactitude, voyez l'art. 1402. « Tout immeuble, dit cet article, est réputé *acquêt de communauté*, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Evidemment, M. Vavasseur a laissé cette disposition dans l'oubli ; il est permis de penser que sans cela sa proposition ne lui fût pas échappée, car rien n'est plus explicite, contre cette proposition, que le texte dont il s'agit ici. Il en résulte que tout immeuble dont la communauté se trouve en possession au jour de sa dissolution est présumé acquis durant le mariage, et, à ce titre, *acquêt* de la communauté, par cela seul que ni l'un ni l'autre époux ne peut prouver qu'il en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. *Acquêt de communauté !* C'est donc à dire que l'immeuble *appartient* à la communauté, puisque l'expression même d'acquêt exclut toute idée que la chose soit ailleurs que parmi les biens composant l'actif de la communauté. (Voy. Merlin, *Questions*, v° *Conquêts*, § 1er.)

Tenons donc pour certain que dans la communauté légale la

Digitized by Google

loi fait entrer, non pas dans l'indivision dont parlent MM. Caquot et Vavasseur, mais dans la communauté proprement dite, tous les biens, même les immeubles, acquis durant le mariage. Et cela seul suffit pour écarter, dans ce cas, tout le système que nous combattons : car, dès que les époux sont placés sous le régime de la communauté légale, il est bien impossible de les présenter comme prenant personnellement et à titre de propre une part quelconque dans les biens, meubles ou immeubles, acquis durant le mariage : ces biens sont, pour le tout et sans exception, *biens de communauté*.

Poussons plus avant, et supposons les clauses de réalisation prévues par les art. 1498 et 1500 C. Nap. : nous arriverons au même résultat.

La doctrine nouvelle ne va pas aujourd'hui, nous le reconnaissons, jusqu'à l'opinion de Pothier, d'après lequel il n'existerait pas de meubles rigoureusement propres, en ce sens que tous les biens exclus de la communauté ne pourraient jamais l'être qu'imparfaitement, c'est-à-dire en appartenant toujours à cette communauté, sauf un droit de créance en faveur de l'époux pour le montant de leur valeur. Quelques auteurs, notamment Delvincourt (*Cours de C. civ.*, édit 1819, t. III, p. 41) et Merlin (*Rép.*, v° *Réalisation*, § 1er, n° 4), ont bien émis cet avis même sous l'empire du Code. Toutefois la doctrine de Pothier n'est suivie que relativement aux meubles qui se consomment par le premier usage [1] et à ceux qui sont livrés sur estimation [2].

Mais rien n'est mieux arrêté que les idées reçues relativement à la propriété de ces propres.

Que l'époux demeure propriétaire de ceux qui ont la qualité d'immeubles, et même de ceux qui sont meubles, en tant que les uns et les autres subsistent en nature, nul n'a songé à le contester. Ce sont là les propres que l'on nomme *parfaits*, et qui, à ce titre de propres parfaits, n'ayant jamais été confondus avec les biens de la communauté, demeurent la propriété de l'époux et forment

[1] Toullier, t. XIII, n° 326.

[2] V. MM. Duranton, t. XIV, n° 318; Zachariæ, § 522 et note 19; Odier, t. II, n° 728. V. aussi notre *Traité du contrat de mariage*, t. II, nos 50 et 53. Notre collaborateur et ami, M. Marcadé, va plus loin encore en ce qu'il range dans la classe des propres mobiliers en général toutes les choses qui sont livrées avec des circonstances quelconques, indiquant qu'on a entendu en laisser la propriété à la communauté, sauf récompense. (Voir l'article 1408, n° 8.)

Digitized by Google

l'une des fractions de cette masse indivise dont parlent MM. Caquot et Vavasseur. Quant aux autres meubles réalisés qui prennent la qualité de *propres imparfaits*, et quant aux propres de toute nature qui sont aliénés et convertis en argent comptant, sans aucune clause d'emploi ou de remploi qui en continue l'exclusion, la propriété en passe à la communauté, et c'est précisément pour cela que ces propres sont dits *imparfaits*. La communauté devient propriétaire par la force même des choses. C'est qu'en effet, la loi lui attribue l'usage et la jouissance de ces objets ; or, la communauté n'en peut user ni jouir qu'en les consommant, en les dénaturant. Et comme, en usant ainsi, la communauté supprime nécessairement l'objet sur lequel réposait le droit de propriété de l'époux, il s'ensuit que ce droit est supprimé par cela même, ce droit ne pouvant survivre à l'objet auquel il s'appliquait. C'est, on le voit, la doctrine de Pothier, avec moins d'étendue seulement quant aux choses qui en reçoivent l'application.

Et cette doctrine est bien celle de la loi. Il serait, en effet, difficile d'expliquer, sans la distinction qui vient d'être indiquée, la théorie des art. 1503 et 1504 C. Nap., d'après lesquels l'époux a le droit de reprendre, à la dissolution de la communauté, non pas le mobilier par lui exclu, mais seulement *la valeur* de ce dont ce mobilier excédait sa mise en communauté. Evidemment ces articles, les seuls qui s'occupent de la propriété des propres dont il s'agit ici, n'ont pas de signification, ou il en résulte invinciblement que la propriété de l'époux s'est effacée par rapport aux propres consistant en choses réputées fongibles, et par rapport à ceux qui n'existent plus en nature, et qu'il ne lui reste plus qu'une *créance* de la valeur.

Cela étant, comment comprendre ce droit de propriété qu'aurait l'époux, et spécialement la femme, sur les valeurs représentatives de ses propres aliénés ?

Par exemple, elle avait une somme d'argent dont le mari a disposé pour acquitter le prix d'un de ses propres à lui. Concevrait-on que la femme devînt de plein droit propriétaire de ce propre ? Cela serait-il possible ? Evidemment non, car la propriété d'une chose ne peut pas être subrogée à la propriété d'une autre chose sans le consentement formel de l'ancien propriétaire, sans un acte de sa part.

Par exemple encore, le mari dissipe les deniers au lieu de les employer à l'acquit d'un propre ; plus tard, il réalise des bénéfices

Digitized by Google

et achète un immeuble : cet immeuble appartiendra-t-il à la femme jusqu'à concurrence de la somme que le mari a dissipée? Evidemment non ! Autrement, que deviendrait l'art. 1402, qui répute acquêt de communauté tout immeuble acquis durant le mariage? Que deviendrait l'art. 1421, qui donne au mari seul le droit d'engager cet acquêt, comme bien de communauté, à l'égard des créanciers? Que signifieraient les art. 1433, 1434, 1435, qui repoussent l'idée d'un remploi fait de plein droit, qui exigent pour le remploi un consentement spécial et formel de la femme, et qui, à défaut de ce consentement, ne lui donnent qu'*une action en récompense avec droit à des intérêts* (art. 1473)? Que signifierait l'art. 1595, qui, d'après la jurisprudence, permet au mari de vendre à la femme des biens de communauté en remploi? Il est clair que toutes ces dispositions, et tant d'autres, seraient inutiles et sans objet si la loi avait créé un remploi virtuel, une copropriété générale au profit de chaque époux, à raison de ses propres, et, en particulier, au profit de la femme, sur les biens de la communauté.

Ainsi, sous le Code Napoléon, pas plus que sous l'ancienne jurisprudence, cette idée de la *masse indivise* ne suffit à justifier le droit prétendu de propriété qu'on y rattache comme une déduction nécessaire. Il y a une classe de biensqui demeurent séparés de ceux de la communauté, qui existent en dehors d'elle, et dont les époux conservent la propriété distinctement; personne n'a contesté et ne peut contester cela. Mais cette classe est limitée; elle comprend seulement les biens propres, meubles ou immeubles, qui subsistent en nature : ce sont là les propres *parfaits*. Quant aux propres *imparfaits*, c'est-à-dire tant ceux qui se consomment par l'usage que ceux qui sont livrés sur estimation, et quant à la valeur de ceux dont il a été disposé pendant le mariage, et qui ainsi ne subsistent plus en nature, ils sont, quoique exclus de la communauté, confondus avec elle par la force même des choses : la communauté les a absorbés par cela qu'elle en a acquis l'usage, puisque l'usage de cette sorte de biens consiste précisément dans la consommation qu'on en fait ; et par suite, le droit de *propriété* qui existait en faveur de l'époux, lequel droit n'a pu survivre à la chose même, s'est effacé pour faire place à un droit de *créance*. — Voilà la vérité légale, celle d'aujourd'hui comme celle d'autrefois. Et c'est pour cela que la femme, dont le droit se trouve ainsi converti, ne peut, en l'exerçant, préten-

Digitized by Google

dre à une préférence quelconque vis-à-vis des créanciers de la communauté?

Nous sommes ainsi ramenés aux arrêts de la Cour suprême et aux déductions dans lesquelles la pensée de MM. Caquot et Vavasseur se rencontre avec celle de MM. Troplong, Mennesson et Devilleneuve.

XI. — La femme, disons-nous, n'a aucun titre à un droit de préférence. — Il est bien entendu que nous laissons de côté, comme étrangers à cette discussion, les corps certains dont la femme serait restée propriétaire en face de la communauté; la raison même des choses indique qu'il y a lieu pour elle, à cet égard, à un privilége, à un prélèvement en nature. C'est la pensée exprimée par Pothier dans le n° 325 ci-dessus reproduit; nous ne la contestons en aucune manière, et n'entendons parler que de ce qui est en question, c'est-à-dire des reprises ayant pour cause et pour objet les propres confondus dans les biens de la communauté. — Quant à celles-ci, la femme, en les exerçant, doit subir le concours des autres créanciers de la communauté. Pour elle et pour les créanciers, nous l'avons dit dans notre première dissertation et dans notre *Traité du contrat de mariage*, la communauté est un débiteur commun. Pourquoi donc serait-elle préférée? Où est la loi qui la déclare préférable? Où est le texte qui fait fléchir à ce point le droit commun en sa faveur? Cette loi n'existe pas, ce texte n'est écrit nulle part. Aussi *à aucune époque* ce droit de préférence que l'on octroie aujourd'hui si libéralement à la femme n'a-t-il été reconnu en sa faveur. Aussi Pothier, qui, on l'a vu plus haut, l'accorde, avec raison, pour la reprise du mobilier conservé en nature, se garde-t-il de l'étendre à la reprise de la valeur des propres imparfaits, indiquant ainsi, par une formule sinon expresse, du moins formelle dans l'intention, que le droit n'existe pas relativement à ce dernier objet.

Et cependant, chose étrange, et devant laquelle nous demeurons confondu, la doctrine que nous combattons s'appuie principalement sur le droit ancien; elle invoque l'autorité du passé, cite des auteurs et des arrêts dont elle fait intervenir le témoignage, et professe hautement que si un droit de préférence doit être accordé à la femme aujourd'hui, c'est précisément en vertu de la tradition à laquelle la loi nouvelle n'a pas dérogé en ce point, et parce que ce droit était accordé sans conteste à la femme sous l'ancienne jurisprudence. — En présence

Digitized by Google

de ces assertions, que nous voyons incessamment reproduites, que M. le premier président Troplong a formulées d'abord, et que MM. Mennesson et Devilleneuve ont acceptées ensuite, nous nous sommes demandé souvent, et nous nous demandons encore, si nous avons su lire nos auteurs, nous qui y avons trouvé absolument le contraire. — Que le lecteur en juge donc; et si les citations qui vont suivre lui causent quelque ennui, qu'il se souvienne que nos contradicteurs ont les premiers, dans cette discussion, évoqué le passé à l'appui du présent, et qu'ainsi, par leur fait, l'ancienne jurisprudence devient l'un des éléments essentiels du débat.

XII. — Avant la réformation de la coutume de Paris, le mari, chef de la communauté et maître du mobilier de sa femme, avait le droit d'engager la communauté; et la femme qui, d'après les règles générales de la société, ne pouvait pas renoncer, était, par le fait de cette acceptation, engagée personnellement à payer, même *ultra vires*, la moitié des dettes de la communauté. Les lois romaines et la coutume n'accordant le privilége du bénéfice d'inventaire que dans les successions, on tenait qu'il n'y avait pas lieu de l'étendre à la communauté.

Il y avait dans cette extension excessive donnée à l'obligation personnelle de la femme quelque chose de profondément inique. La femme pouvait, par suite d'une administration à laquelle elle devait rester étrangère, perdre non-seulement sa part dans la communauté, mais encore ses propres. On se récriait donc; on se récriait, à vrai dire, depuis 1510, date de la coutume; et les réclamations avaient atteint le plus haut degré d'énergie lorsque fut rendu l'arrêt solennel du 14 août 1567, qui ne précéda que de treize années la réformation de la coutume, laquelle réformation date, on le sait, de 1580.

Coquille, qui fut présent à l'arrêt, en rend compte en ces termes : « La vefve, ores qu'elle se trouve commune en biens, n'est tenue des debtes de son mary esquelles elle n'a pas contracté expressément, sinon jusqu'à la concurrence de la part qu'elle prend ès meubles et conquests de la communauté. Ainsi fut dit par arrest solennel, prononcé par M. le président Séguier, le 14e août 1567, pour Anne Spifame, femme de Jean Meusnier. J'y étois présent, et fut dit qu'elle prendroit ses propres et son douaire, sans charge des debtes faites par son mary. La raison dudit arrest est que, si autrement estoit, le mari par voie

Digitized by Google

oblique, auroit puissance sur les propres et douaire de sa femme; desquels toutefois la coutume lui défend l'aliénation. Plusieurs coutumes nouvellement rédigées ont tranché la question suivant ledit arrest... » (V., sur l'art. 7, chap. XXIII, de la cout. de Nivernais.)

Voilà le premier document auquel on se rattache pour prouver que, dans l'ancienne jurisprudence, la femme pouvait se payer par préférence sur les biens et effets de la communauté.

Nous contestons, pour notre part, que le document soit probant en ce sens.

D'abord nous pourrions dire, avec M. Coin-Delisle, dans la consultation qu'il a délibérée à l'occasion de l'espèce jugée par l'arrêt de la Cour de Paris du 6 mai 1854, qu'il s'agissait, dans l'arrêt du 14 août 1567, du *douaire* de la femme et de ses *deniers dotaux héréditaires*, ainsi que Coquille l'indique dans le passage cité, et particulièrement dans la 109e de ses questions où il revient sur cet arrêt. — Or, d'une part, comme ledit très-bien M. Coin-Delisle, le douaire était une portion des immeubles du mari, affectés par la coutume au revenu de la femme pendant son veuvage; d'une autre part, d'après l'art. 17, chap. XXIII, de la coutume, « deniers de mariage sortissans nature d'héritages assignez ou promis d'assigner étoient censés immeubles et héritages pour la femme, ses héritiers ou ayants cause; » et se prenaient, quand ils n'étaient assignés par assignat particulier, sur l'héritage du mari, qui, pour ce, était hypothéqué par la coutume (art. 18). Il y avait donc, dans l'espèce, deniers hypothéqués sur les immeubles; la préférence accordée à la femme en était la conséquence, en sorte qu'il n'y aurait pas à tirer avantage de l'arrêt pour le cas particulier dont nous traitons ici, où il s'agit de deniers purement mobiliers.

Mais en laissant ce point de vue de côté, et en admettant même que le fait réel ne s'y trouve pas exactement reproduit, il y a une autre raison qui ne permet pas d'attribuer à cet arrêt l'influence et la signification qu'on lui prête; et cette raison se tire de l'état de choses existant au moment où il est intervenu, et que nous venons de signaler. Cet arrêt fut le précurseur de la réformation de la coutume, et il prépara en quelque sorte cette réformation, comme Coquille l'indique lui-même dans le passage transcrit. Et, en effet, quelques années après l'arrêt, l'art. 228 de la coutume de Paris, réformée en 1580, exprime que « le mary ne peut, par contrat et obligation faits devant et durant le

Digitized by Google

mariage, obliger sa femme sans son consentement, et plus avant que jusques à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté, pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints, soit fait loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute ou fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. »

C'était la reproduction de la pensée exprimée dans l'arrêt; mais, dans le texte de la coutume comme dans celui de l'arrêt, l'expression et les circonstances s'opposent à ce qu'on les envisage comme ayant eu pour but de donner à la femme un droit de préférence, et, disons le mot, un privilége, à raison de ses reprises.

Ce qu'ils s'étaient proposé l'un et l'autre, c'était de soustraire la femme à cette conséquence rigoureuse à laquelle son acceptation obligée de la communauté la soumettait d'après l'ancienne coutume, en lui conférant une faveur analogue à celle dont jouissait l'héritier bénéficiaire. Propriétaire par suite de son acceptation, elle acquérait la faculté de scinder son droit vis-à-vis des créanciers de la communauté et de leur dire : « J'ai, au fond, pour mes reprises qui sont une créance, un droit de propriété dans les biens de la communauté vis-à-vis de mon mari; mais si j'invoquais ce droit, même vis-à-vis de vous, vous pourriez opposer que les biens pris par moi dans la communauté sont grevés à votre profit du chef de mon mari, et que, comme propriétaire, je ne puis rien prendre *nisi deducto œre alieno :* je laisse donc à mes reprises leur qualité de reprises, pour que je puisse les exercer au moins concurremment avec vous. »

Cette portée que nous assignons à l'article 228 de la coutume est-elle imaginaire? Voyez Renusson, part. II, chap. 1er, no 43, de son *Traité de la communauté*; il dit : « La veuve qui a fait bon et loyal inventaire, et qui a accepté la communauté, si elle rend compte des biens de la communauté, *est comparée à l'héritier présomptif qui accepte la succession par bénéfice d'inventaire*, lequel depuis rend compte aux créanciers de l'hérédité bénéficiaire. »—Plus précis encore dans un numéro précédent, où il se pose la question de savoir si la femme peut accepter la communauté par bénéfice d'inventaire, Renusson (*Ibid.*, nos 34 et 35) répond : « Notre droit français, qui a introduit la communauté de biens, veut que la femme, quoiqu'elle ait accepté la communauté purement et simplement, ne soit néanmoins tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende de la communauté. C'est un privilége qui est donné à la femme, qui est fondé sur ce que

Digitized by Google

le mari ne peut charger, obliger ni hypothéquer, les propres de sa femme; il ne peut, par contrat ou obligation par lui passés devant ou durant le mariage, obliger sa femme, sans son consentement, plus avant que jusqu'à concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent dans la communauté. La coutume de Paris en contient une disposition expresse en l'article 228, qui fut ajoutée lorsque la coutume fut réformée en 1580. — *C'est pourquoi l'acceptation de la communauté que la femme ferait par bénéfice d'inventaire serait une chose vaine et inutile.* » — Tous les anciens auteurs qui ont écrit sur la communauté interprètent en ce sens l'article 228 de la coutume. — Bornons-nous à citer Merlin (*Rép.*, v° *Accept. de communauté*, n° 8), qui, résumant, sur ce point, les doctrines reçues anciennement, s'exprime en ces termes : « On a douté autrefois si la femme, craignant que les dettes de la communauté n'en excédassent les biens, pouvait se déclarer commune par bénéfice d'inventaire, pour n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence des biens de la communauté. Mais la question a été décidée par un arrêt du parlement de Paris, du 8 mars 1605, qui déclara nulle une telle acceptation... La raison de cette jurisprudence est que le bénéfice d'inventaire... est inutile pour les communautés de biens..., attendu que, de plein droit, la femme qui a fait un inventaire régulier ne peut être poursuivie au delà de la valeur de sa part dans les biens communs. »

Cela est donc bien certain, la signification précise de l'article 228, comme celle de l'arrêt de 1567, dont cet article a traduit la pensée, fut uniquement de conférer à la femme un privilége analogue à celui qui appartient à l'héritier bénéficiaire. Et cela seul implique l'impossibilité d'admettre que ni l'arrêt ni la coutume aient entendu conférer à la femme le droit de se payer par préférence de ses reprises sur les valeurs de communauté.

XIII. —Il est remarquable, en effet, que, quoique analogue au privilége de l'héritier bénéficiaire, le privilége de la femme commune acceptante avait cependant moins d'étendue. « Le privilége accordé à la femme et à ses héritiers, dit Bourjon, de n'être tenus des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de l'émolument, n'est pas si étendu que celui de l'héritier bénéficiaire : tel est sur cela le principe général qui annonce que, nonobstant ce privilége, il est quelquefois plus utile à la veuve de renoncer que d'accepter. » (*Dr. comm. de la France*, part. IV,

Digitized by Google

de la Communauté, chap. v, n° 31). — « Ce bénéfice des femmes, dit aussi Lebrun (*de la Comm.*, l. II, chap. III, section 5, n° 3), n'est pas tout à fait semblable au bénéfice d'inventaire; » il explique ensuite les différences, qui sont toutes en faveur de l'héritier bénéficiaire, et il conclut ainsi : « Celui-ci est souvent comparé par les coutumes à un curateur ou un commissaire; c'est pourquoi il était juste d'étendre un peu plus le privilége de l'héritier bénéficiaire que celui de la veuve, qui est associée en son nom, dont il n'était pas si nécessaire de mettre le bien à couvert. » — V. encore Pothier, *de la Comm.*, n° 737.

Or songea-t-on jamais à faire dériver en faveur de l'héritier bénéficiaire un droit de préférence de sa position privilégiée? Assurément non! Comment donc aurait-on pu faire dériver ce droit en faveur de la femme, dont la position, en principe, était cependant moins privilégiée?

Aussi la doctrine et la jurisprudence étaient-elles d'accord pour repousser ce droit de préférence. — M. Mennesson a dit avec quelque assurance qu'il en avait pu être ainsi dans la très-ancienne jurisprudence, mais que cela avait changé [1]. Nous disons, au contraire, que le droit de préférence a été toujours rejeté, et qu'il ne le fut jamais avec plus d'énergie que dans le dernier état de la jurisprudence française. Et ce que nous disons, nous allons le prouver.

Prenons d'abord Bacquet; voici ce qu'il constate dans son *Traité des droits de justice*, c. XXI, n° 269 : « Et combien qu'anciennement on ait tenu qu'en cas de déconfiture, la femme pour son dot, c'est-à-dire pour le denier comptant ou autre chose qu'elle avoit apporté en mariage, lequel par son contrat elle devoit reprendre, deust estre préférée à tous créanciers sur les meubles demeurés par le trépas de son mary, d'autant que ledit dot estoit provenu d'elle, et en avoit toujours retenu la possession par le moyen de la communauté.... Néanmoins, par arrest solennelment prononcé le 23 décembre 1585, a esté dit : En émendant la sentence donnée par Messieurs des Requestes du Palais que les biens meubles de Jardin, saisis tant à la requeste de Susane Habert (femme séparée de biens de Jardin, laquelle avoit été déclarée préférable par la sentence) que des créanciers, seroient vendus et que sur les deniers provenant de la vente d'iceux les parties *viendroient à contribution au sol la livre pour les sommes à elles*

[1] Voir *loc. cit.*, p. 164, à la note.

Digitized by Google

respectivement deueus et adjugées. Il y a semblable arrest pour Magdelaine Fraudé, prononcé le 20 février 1561... Il y a eu semblable arrest que les deux premiers, à sçavoir que la femme vient à contribution au sol la livre pour son douaire, donné en plaidoirie le 16 mars 1570... Autre et pareil arrest a esté donné en plaidoirie le mardy 9 février 1593...»

Bacquet, en signalant cette jurisprudence, dit qu'elle est particulière aux pays de coutumes. La Thaumassière va plus loin dans ses *Décisions sur les cout. de Berry*, liv. II, chap. XL, p. 165 : il enseigne que, sans aucun doute, la femme n'a pas de privilége, qu'elle vient à contribution comme les autres créanciers, et qu'il en doit être ainsi même dans les pays de droit écrit, nonobstant la loi *Assiduis*, laquelle était sans autorité, parce qu'elle avait été surprise à l'empereur Justinien par les obsessions de l'impératrice et de ses favorites [1].

Bourjon n'est pas moins explicite. Son livre contient, à la vérité, un numéro qui semble contredire notre doctrine, c'est le n° 34 du chapitre déjà cité, où il est dit : « Par le compte qu'elle rend (la femme) aux créanciers, elle peut leur coucher en dépense la totalité de son propre fictif, parce que ce propre n'a jamais fait partie de la communauté et qu'il doit lui rester en entier ; c'est délibation dans tous les cas sur la communauté, et charge et non portion active d'icelle, qualité qui rend dans un tel compte la dépense du montant d'un tel propre incontestable. » Mais la pensée de ce numéro se restreint d'elle-même lorsqu'on le rapproche du numéro suivant ; Bourjon suppose que la femme a trouvé dans la communauté des immeubles sur lesquels elle s'est payée. Et en effet, au n° 35, il dit : « Cependant, *si tout ce qu'elle a tiré de la communauté était mobilier*, ELLE NE POURRAIT PRIMER LES AUTRES CRÉANCIERS, ET ELLE NE VIENDRAIT POUR LA DÉPENSE QU'ELLE A DROIT DE FAIRE DU MONTANT DE SON PROPRE FICTIF QU'A CONTRIBUTION : un pur mobilier ne peut se distribuer autrement, qualité qui l'assujettit nécessairement à cette perte. » — Bourjon ne s'en tient pas là ; revenant à la même idée à la part. VII, ch. II, nos 134 et 135, il dit : « Par le droit civil, la femme, pour la répétition de sa dot, primait tous les créanciers de son mari, privilége outré et qui est parmi nous resserré dans ses justes bornes ;... parmi nous, *elle n'a pas sur les meubles plus de droit que les autres créan-*

[1] Voir M. Mennesson, *loc. cit.*

Digitized by Google

ciers, c'est-à-dire qu'elle y vient comme eux à contribution; ainsi, quant à ce, nul privilége, et il en est de même sur les immeubles; tel est le droit commun du pays coutumier, dans lequel, sur les immeubles, elle n'a que le droit qui résulte de la date de son hypothèque. »

Nous pourrions borner là nos citations : le droit prétendu de préférence y trouve, ce nous semble, une condamnation assez complète. Il faut insister pourtant. Ferrière, dans son *Dict. de pratique,* v° *Dot en pays coutumier*, dit : « La femme, en pays coutumier, n'a point de privilége sur les biens de son mari pour la répétition de sa dot; elle n'a qu'une hypothèque tacite sur les immeubles qui appartenaient à son mari avant le mariage. Cette hypothèque est du jour du contrat de mariage, et, s'il n'y a point de contrat, elle est du jour de la bénédiction nuptiale. Mais, à l'égard des meubles, *elle n'y a pas plus de droit que les autres créanciers de son mari sur le prix provenant de la vente desdits meubles, elle vient néanmoins avec eux à contribution au sol la livre, en cas de déconfiture.* » — C'est ce que Ferrière exprime encore, et d'une manière plus générale, dans sa compilation des *Commentateurs de la coutume*, d'abord sous l'art. 237, gl. 1re, § 3, n° 3, où il dit : « La femme, en France, n'a aucun privilége sur les meubles ou effets mobiliaires du mari ou sur ses immeubles; sur les meubles, elle vient à contribution au sol la livre avec les créanciers non privilégiés, comme il a été observé sur l'art. 179; quant aux immeubles, elle vient en ordre, sans privilége, du jour de son contrat de mariage, pour les deniers qu'elle a apportés en mariage; » et ensuite, sur l'art. 249, gl. 2, n° 37, où, relatant un acte de notoriété du Châtelet de Paris, il exprime « que, sur les meubles, la femme vient à contribution au sol la livre avec les autres créanciers. »

Renusson, dans son *Traité des propres,* ch. IV, sect. 3, n° 2, s'exprime également en ces termes : « Quand la communauté vient à se dissoudre, celui au profit duquel la stipulation a été faite, ses héritiers ou ayants cause ont droit de prendre sur la masse de la communauté les choses mobilières qui ont été reçues, qui avaient été stipulées propres : car, tous les effets mobiliers ayant été confondus dans la communauté, et la communauté en ayant profité, ou parce qu'ils ont été consommés pendant la communauté, ou parce qu'ils ont été convertis en autres effets qui composent la masse de la communauté, il est vrai de dire que ce qui avait été stipulé propre est une dette passive de la communauté, *qui se*

Digitized by Google

considère comme toutes les autres dettes passives de la communauté et qui se doit acquitter de même. »

Dans le Nouveau Denizart, au mot *Dot*, § 25, n° 6, on lit : « Dans la plupart des pays coutumiers, quoique les meubles n'y soient pas susceptibles d'hypothèques, on y admet des créances privilégiées sur les meubles; *mais la dot n'est pas du nombre de ces créances privilégiées. Ainsi la femme n'y est préférée à aucun autre créancier sur le prix des meubles.* »

Avant de terminer cette énumération fastidieuse, citons encore quelques dernières autorités; ce ne sont ni les moins explicites ni les moins curieuses. — Denizart, v° *Propres conventionnels*, exprime que « les deniers stipulés propres se distribuent comme meubles entre les créanciers, de quelque manière que soit conçue la stipulation. » Il avait dit mieux encore, v° *Dot*, n° 49, où on lit : « En pays coutumier, la femme n'a aucun privilége sur les meubles et effets mobiliers de son mari, pour la restitution de sa dot et autres reprises et conventions matrimoniales; *c'est une créance ordinaire, pour laquelle elle vient à contribution avec les autres créanciers* dans les coutumes où les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque. » Puis Denizart cite, à l'appui de son opinion, deux actes de notoriété du Châtelet, l'un du 10 janvier 1711, l'autre du 4 mars 1745.

Et que disent ces actes de notoriété? Le voici. Le premier atteste et certifie « que, dans les juridictions du ressort, et particulièrement dans la juridiction du Châtelet de Paris, lorsque après le décès d'un défunt domicilié à Paris il se fait contribution du prix des meubles qu'il a délaissés par son décès, la femme n'a aucun privilége sur le prix desdits meubles, au préjudice des autres créanciers, pour raison de la reprise de sa dot et de ses autres conventions. » — L'acte énumère ensuite les créanciers privilégiés, qui sont l'Église, le propriétaire de la maison (dont le droit a été si complétement méconnu par le dernier arrêt de la Cour de cassation), les officiers de justice et les domestiques; puis il ajoute « que tous les autres créanciers du défunt, de quelque qualité qu'ils soient, ainsi que la veuve du défunt, viennent tous également par contribution sur le restant du prix des meubles, après même les frais de contribution payés et prélevés, au sol la livre de leurs créances [1]. »

[1] V. Denizart, *Collection des actes de notoriété*, p. 371.

Digitized by Google

L'acte de notoriété du 4 mars 1745 est plus expressif encore : il certifie et atteste « que, quoique suivant la disposition des lois romaines, la femme ait un privilége sur les effets mobiliers de son mari, pour la répétition de sa dot, même de l'augment, cette maxime n'a lieu que dans les pays régis par le droit écrit, et n'a point été admise dans les pays coutumiers, du moins dans la Coutume de Paris, qui contient une disposition précisément contraire à ce privilége, puisque, par l'art. 179, il est dit qu'en cas de déconfiture, chaque créancier vient à contribution sur les biens du débiteur, et qu'il n'y a point de préférence ou prérogative pour quelque cause que ce soit. — Cette disposition générale et précise ne doit recevoir d'exceptions que celles qui sont admises par la même Coutume, et expliquées dans les art. 171, 175, 176, 177 et 182. — Il est vrai qu'anciennement la disposition des lois romaines avait donné lieu à la prétention de quelques femmes d'avoir un privilége sur les effets mobiliers de leurs maris; il paraît même, par d'anciens arrêts, que cette prétention avait réussi devant quelques premiers juges; *mais elle a été toujours réprimée par les décisions du parlement. Les anciens auteurs rapportent différents arrêts qui ont rejeté cette prétention des femmes; ces arrêts sont du seizième siècle, et il y a apparence que la jurisprudence a été tellement fixée à cet égard, que cette question n'a point été agitée depuis* 150 *ans.* » — Les rédacteurs de l'acte discutent ensuite une sentence soumise alors à l'appel, et dans laquelle la question de privilége paraissait jugée ; ils établissent qu'il n'en était rien, puis ils terminent ainsi : « La sentence dont est appel ne juge rien qui puisse faire présumer que l'usage du Châtelet soit d'accorder à la femme séparée, ou à la veuve, aucun privilége sur les effets mobiliers de leurs maris, pour la restitution de leur dot ou autres reprises; et il est bien constant que, dans la Coutume de Paris, lorsque les effets mobiliers du mari ne suffisent pas pour le paiement de ses dettes, la femme n'a, pour la répétition de sa dot et autres reprises, même pour son préciput, quand il y a lieu, aucuns privilége ni préférence; et elle ne peut être payée que par contribution avec les autres créanciers, à moins qu'elle n'ait quelque titre particulier pour établir un privilége ; ce qui pourrait avoir lieu pour et en faveur d'un autre créancier [1].

[1] V. Denizart, *loc. cit.*, p. 480.

Digitized by Google

Voilà des textes et des autorités; on en pourrait trouver d'autres assurément; mais ceux que nous citons sont suffisants, et il n'est personne qui, après les avoir parcourus, ne se demande comment il se fait que le véritable état des choses ait été ignoré à ce point qu'on ait présenté comme incontesté, dans l'ancienne jurisprudence, ce droit de préférence que de toutes parts on repoussait au contraire, que l'acte de notoriété de 1745 signale, non sans quelque dédain, comme ayant pu être discuté seulement *devant quelques premiers juges*, et qui s'était si bien effacé devant l'autorité des parlements que, depuis 150 ans, on ne se risquait plus à y prétendre.

XIV. — Cette affirmation de la doctrine contraire est probablement le résultat d'une méprise. Les auteurs que nous combattons ont passé, sans les voir, à côté de ces autorités précises et positives, parce qu'ils ont rencontré tout d'abord d'autres autorités qu'ils ont cru pouvoir rattacher à leur système en les interprétant et en les commettant; et puis, convaincus par leur interprétation même, ils n'ont pas jugé utile de pousser plus avant leurs investigations.

Cependant il y a ici quelque chose de plus fâcheux que cette omission : c'est que le commentaire et l'interprétation manquent d'exactitude. Nous en avons eu une preuve déjà dans l'arrêt solennel du 14 août 1567, dont nous parlions tout à l'heure : c'est par induction qu'on a fait sortir de cet arrêt le droit de préférence, qui, cependant, ne s'y trouve pas.

Arrivons maintenant à Pothier, dont la Cour de cassation s'est visiblement inspirée, et dont s'était inspiré, avant elle, l'éminent jurisconsulte qui la préside. Nous y trouverons une preuve nouvelle.

Pothier exprime, dans ce célèbre n° 747, qui est toute la base du système qu'on nous oppose, « que, lorsque la femme s'est trouvée créancière de la communauté d'une somme pour ses reprises, toutes déductions faites de ce qu'elle devait à la communauté, elle n'est point obligée de se charger en recettes de ce qu'elle a prélevé sur les biens de la communauté, pour se payer de cette somme : car, la femme, par ce prélèvement, n'ayant fait que se payer de ce qui lui était dû, on ne peut pas dire que ce prélèvement soit quelque chose dont elle ait amendé, et qu'elle ait profité des biens de la communauté. » Cela est d'une justice parfaite.

Digitized by Google

On a remarqué, en effet, que l'acte de notoriété de 1745, en déclarant que la femme n'a pas le droit de préférence, lui réserve, comme à tous autres créanciers, la faculté d'invoquer les exceptions de droit commun, notamment celles résultant des art. 171, 175, 176, 177, 181 et 182 de la Coutume. Or l'une de ces exceptions, et la plus fréquente assurément, est celle résultant d'un partage accompli, qui a mis le créancier en position d'être saisi de son gage. « La contribution n'a lieu en ce cas, » dit l'art. 181 de la Coutume. Pothier ne dit pas autre chose. Il suppose un partage accompli, et dans lequel la femme s'est payée par ses mains, avant toute réclamation des créanciers, de ce qui lui était dû pour ses reprises; et il est bien évident que, si, après un tel partage, la femme était poursuivie par un créancier de la communauté, elle serait fondée à retenir, sans en rien devoir rendre, ce dont elle se serait payée. Pourquoi? Pothier lui-même en donne la raison au n° 748 : « parce que c'est un paiement qu'elle s'est fait à elle-même..., et qui, par conséquent, doit lui être alloué, de même qu'on lui alloue les paiements qu'elle a faits à d'autres créanciers qui ont été plus vigilants à se faire payer que ceux par qui elle est poursuivie. »

Mais de là à dire que la femme a un privilége, un droit de préférence, même dans le cas où les créanciers de la communauté se font connaître et se présentent avant tout partage, même lorsqu'à la dissolution de la communauté les biens du mari sont sous la main de justice, il y a une distance que Pothier ni aucun autre auteur n'a jamais franchie. Cette distance, on la franchit cependant dans le système que nous combattons; c'est là l'œuvre de l'induction, et cette induction est fautive.

En veut-on la preuve? Nous la trouvons dans Bacquet. Cet auteur, nous l'avons vu, rend compte de la jurisprudence qui refuse à la femme tout droit de préférence, et il approuve cette jurisprudence. Mais il offre à la femme un moyen d'échapper aux conséquences qui en résultent. Quel moyen? Précisément le paiement avant tout partage. « Partant, dit-il à la fin du n° 270, ch. XXI, la femme, incontinent après le trépas de son mari, doit faire saisir les meubles demeurés par son décès, les faire vendre en toute diligence, et se faire payer de son dû *auparavant que les autres créanciers soient apparus.* »

Renusson, dans son *Tr. de la comm.*, part. II, chap. II, n°s 17 et suiv., et Ferrière, sur l'art. 229, § 3, n° 4, exposent les

Digitized by Google

mêmes principes, et on les trouve résumés avec une grande précision dans le Nouveau Denizart, v° *Compte*, § 6.

On comprendra, après cela, que nous n'insistions pas sur les autres autorités qu'on nous oppose, comme Valin sur la Rochelle, art. 47, n° 83; Duplessis, dans sa consultation 10e, p. 666; Brodeau sur Louet, lettre *C*, som. 54, et Lebrun. Ces auteurs, comme Pothier, parlent limitativement du cas où l'action des créanciers se produit après un partage accompli, dans lequel la femme s'est payée comme elle aurait pu payer tout autre créancier. Nous acceptons ces autorités comme nous avons accepté celle de Pothier, car elles portent avec elles la même limitation et n'infirment en aucune manière cette idée, proclamée unanimement par les auteurs, et invariablement sanctionnée par les arrêts, que la femme, sous l'ancienne jurisprudence, n'avait pour sa dot et ses autres reprises ni privilége ni droit de préférence sur les valeurs mobilières de la communauté.

XV. — Ceci établi, l'examen de la question sous le Code Napoléon est considérablement simplifié. Nos contradicteurs eux-mêmes l'ont dit : il y a entre les principes que le Code a consacrés et ceux du droit ancien une identité parfaite sur le point qui nous occupe ici. En nous emparant de cette appréciation, qui est aussi la nôtre, nous pourrions nous arrêter, et dire qu'avoir prouvé que le droit de préférence n'existait pas en faveur de la femme sous l'ancienne jurisprudence, c'est avoir prouvé qu'il ne doit pas exister non plus sous le Code Napoléon. Nous insisterons cependant.

Le principe des prélèvements, leurs conditions et leurs règles, sont posés dans les art. 1470 et 1471 C. Nap. Ces articles, dont la Cour de cassation se prévaut en première ligne, sont-ils concluants dans le sens du privilége qu'elle consacre en faveur de la femme acceptante ? Non : cela est reconnu par tous les auteurs, par ceux-là même qui admettent ce privilége. C'est de ces articles, et en particulier de l'art. 1471, que la Cour de cassation fait ressortir l'idée que la femme agit comme *propriétaire*, aussi bien que le mari. — Qu'ils agissent l'un et l'autre en cette qualité, nous le voulons bien, dès qu'ils se renferment dans les rapports qui existent entre eux. Mais est-ce à dire que les prélèvements qu'ils exercent puissent nuire aux tiers, et que cette qualité de propriétaire mette la femme complétement à l'abri vis-à-vis de ceux-ci ? En aucune façon. Et en effet, la raison même des

Digitized by Google

choses l'indique : les prélèvements sont des opérations qui se rattachent au partage et en font partie ; ils ne peuvent donc logiquement être opérés que lorsque les créanciers sont désintéressés : car la déduction des dettes, qui constituent l'*æs alienum*, est le préliminaire obligé de toutes les opérations du partage. Affranchir d'abord l'actif brut des dettes qui le grèvent, partager ensuite, c'est-à-dire prélever au préalable ce qui est propre à chacun des intéressés, puis diviser le surplus par égales portions entre eux, voilà la marche naturelle des choses. Et l'art. 1471 C. Nap. ne dit rien de contraire. — C'est la pensée qu'exprime M. Troplong lui-même. « Si l'art. 1471, dit-il au n° 1638, était le seul texte dont la femme pût se prévaloir, rien d'assez précis ne s'y trouverait, j'en conviens, pour décider la question en sa faveur. Cet article s'occupe du partage entre époux, et des droits respectifs de ces derniers. La preuve qu'à lui seul il n'élève pas d'obstacle contre les tiers, c'est que le mari, à qui il est applicable pour l'ordre de la discussion des biens de la communauté, est toujours tenu *ultra vires* envers les créanciers de la communauté. Il n'empêche pas non plus, par la même raison, que la femme qui n'a pas fait inventaire, et qui, par conséquent, est tenue sur ses propres, et *ultra vires*, ne doive compte aux créanciers de ses prélèvements sur la masse des biens de la communauté : car, étant tenue sur ses propres, elle est évidemment tenue sur les biens qui lui ont été donnés en paiement de ses propres. Si donc la femme n'avait pour se défendre contre les créanciers que l'art. 1471, elle devrait succomber. »

Ainsi M. Troplong retranche du débat, comme nous, cet art. 1471, dont la Cour de cassation tire avantage, à grand tort, on le voit, puisque, de l'aveu de l'éminent magistrat, cet article, s'il était seul, condamnerait la prétention de la femme à un droit de préférence, bien loin de la servir.

Où donc est le nœud de la question ? Il est dans l'art. 1483. Ce qui ferait la force de la femme, dit-on, ce serait cet article ; ce serait la situation anormale que cette femme peut se donner en faisant inventaire ; ce serait le privilége exorbitant de n'être tenue des dettes que sur l'émolument qu'elle retire de la communauté. et non sur ses propres ou ce qui les représente.

Mais on se méprend évidemment sur la portée de cet article, comme on s'est mépris sur l'opinion de Pothier. L'idée qu'on y rattache, c'est que la femme, créancière de ses reprises, se paie

Digitized by Google

par l'effet d'une sorte de droit de rétention, qui implique son droit de préférence.

Cette idée n'est pas nouvelle ; on la présentait déjà sous l'ancienne jurisprudence, et Lebrun (*Tr. de la commun.*, liv. III, ch. II, sect. 1re, dist. 2, nos 45 et suiv.) nous dit qu'il n'en est pas touché. « C'est une *fiction* admise dans les pays de droit écrit, ajoute Bretonnier, sur Henrys (liv. IV ,quest. 158) ; mais elle est rejetée dans les pays de coutumes, *à cause de la communauté.* — Et en effet, continue Bretonnier, cette fiction a été imaginée par Mornac pour justifier autant que faire se pouvait les lois romaines, qui accordaient à la femme un droit de préférence sur les meubles et sur les immeubles de son mari, même à l'encontre des créanciers antérieurs au mariage. Mais c'est un passe-droit accordé aux femmes contre le droit ; aussi n'est-il pas reçu dans les pays de coutumes. »

Et l'on supposerait que ce passe-droit a été consacré par le Code ! Cela n'est pas possible ; il nous suffira, pour le démontrer, de recourir à la source même d'où est sorti l'art. 1483. — Que dit, en effet, cet article ? Que « la femme n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu en cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. » Or ce texte n'est pas autre chose que la reproduction ou l'analyse du no 747 du *Traité* de Pothier. Qu'on rapproche les deux versions, et l'on demeurera convaincu qu'elles se résument dans la même pensée. Peuvent-elles, dès lors, recevoir une interprétation différente ? — Et comment le prétendre ? L'art. 1483, reproduction à peu près littérale de l'art. 93, tit. X, du projet du gouvernement, projet communiqué aux tribunaux, a été voté sans observations de la part des Cours impériales, sans discussion au conseil d'État, sans un mot d'explication de la part des orateurs du gouvernement. Comment donc supposer qu'il a une signification différente et plus étendue que celle du texte auquel ses rédacteurs l'ont emprunté ? Tout nous dit, au contraire, que, comme ce texte, il règle uniquement la prévision d'un partage accompli, et qu'il n'implique *le droit de rétention* dont on parle qu'après ce partage.

Rien d'ailleurs dans cet article ne vient contrarier cette pensée. La femme est tenue des dettes, y est-il dit, jusqu'à concurrence

Digitized by Google

de son émolument; c'est donc l'obligation personnelle de la femme qne l'article a voulu réduire. Il ajoute ensuite qu'elle doit rendre compte du contenu en l'inventaire, c'est à dire que la femme rendra compte du tout, s'il n'y a pas eu partage, cas auquel le concours devra être admis en faveur des créanciers opposants, et qu'elle rendra compte de sa part s'il y a eu partage. Mais *rendre compte* n'est pas nécessairement restituer ce qu'on a reçu; on rend compte même quand on justifie qu'on a droit de garder, et la femme aura rendu compte en conservant ses reprises après partage, contre la prétention des créanciers qui auront eu le tort de ne se faire connaître que quand la femme s'était déjà payée.

N'excipez donc pas de ces termes de la loi, « que la femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. » Le point de droit que ces expressions consacrent est très-juste, à nos yeux: car, pour nous, il n'est nullement question de prétendre qu'on peut réclamer de la femme acceptante le paiement des dettes: ce que nous disons seulement, c'est que les créanciers de la communauté sont fondés à soutenir qu'en dehors des propres réels qu'elle a droit de prélever en nature, la femme n'a qu'un droit de créance pour sa dot et ses autres reprises; que, si ce droit peut être exercé par voie de rétention, même au préjudice des créanciers, quand le partage est accompli sans que ceux-ci se soient fait connaître, il n'en peut être ainsi lorsque les créanciers sont apparus, et ont réclamé avant tout partage; qu'alors ils ont un droit de même nature que celui de la femme, et doivent être admis à venir à contribution avec elle [1].

[1] Du reste, cela est admis par un de nos contradicteurs les plus énergiques, par M. Vavasseur, au moins pour l'indemnité des dettes que la femme aurait contractées pour son mari ou pour la communauté. M. Vavasseur admet que la femme n'a pas droit à un prélèvement privilégié à raison de cette indemnité (V. p. 19 de sa *Dissertation*), et il se sépare en cela de la jurisprudence. (V. Paris, 31 décembre 1852. Dalloz, 53, 2, 59; Devilleneuve, 52, 2, 667; *J. du Pal.*, 1853, t. I, p. 522). Mais M. Vavasseur est-il bien conséquent. En définitive, l'art. 1470, qui règle les prélèvements des époux en cas d'acceptation de la communauté, place sur la même ligne les indemnités dues par la communauté et le prix des immeubles aliénés sans remploi. Il ne fait aucune distinction, et ne dit rien d'où l'on puisse induire que le droit qu'exerce la femme quand elle prélève une indemnité à elle due, procède d'un autre principe que celui qu'elle exerce quand elle prélève le prix d'un propre aliéné sans remploi. Si donc la femme était réellement privilégiée pour ce dernier objet, on ne voit

Digitized by Google

C'est la théorie de l'art. 1483, qui, comme l'exprime très-bien M. Coin-Delisle dans la consultation déjà citée, crée pour la femme, dans la question particulière qu'il prévoit, une position assez semblable à celle de l'héritier bénéficiaire. En effet, « l'héritier bénéficiaire ne doit non plus rien du sien aux créanciers. Mais si, avant aucun règlement, le créancier forme opposition, l'héritier bénéficiaire sera forcé de venir à contribution pour ses créances purement chirographaires. Et pourtant l'héritier bénéficiaire n'est tenu envers les créanciers que de ce qu'il amende dans la succession. Donc, même la femme qui a accepté ne peut réclamer le prélèvement de sa dot mobilière ; elle doit venir à contribution, si elle n'en a pas été payée avant que les créanciers réclament. »

On nous a beaucoup reproché d'avoir passé sous silence, dans notre précédente dissertation, le texte de l'art. 1483 et les arguments qu'on en avait tirés en faveur de la femme. Nous croyons avoir réparé l'omission, et avoir établi que, pas plus que l'art. 1471, il ne favorise la prétention de la femme au droit de préférence ; que même, sainement entendu, il fournit, comme ce dernier article, une objection puissante contre ce droit.

D'autres objections de fait et de droit s'élèvent encore contre la jurisprudence nouvelle ; nous les avons présentées dans notre précédente dissertation, nous nous y référons sans en rien rétracter.

XVI. — Du reste, la Cour de cassation elle-même ne va pas jusqu'au bout dans cette jurisprudence qu'elle a fondée : nous en trouvons la preuve dans un arrêt du 24 janvier 1854 [1]. Cet arrêt décide que les règles du droit commun ne sont pas applicables dans le cas de faillite du mari, et qu'alors la femme n'a pas un droit de préférence à l'encontre des créanciers de la faillite. — A nos yeux, la Cour recule ici devant les conséquences de son principe. Ce ne sera pas sans quelque avantage, car, à la faveur de cette concession, nous verrons échapper à la cassation toutes les décisions qui, en rejetant le droit de préférence, se sont fondées, même accessoirement, sur le moyen pris de la faillite.

Mais, dans la vérité des choses, ce n'est pas moins l'abandon

pas pourquoi elle ne le serait pas pour le premier ; et par voie de conséquence, si la femme n'est pas privilégiée pour le second objet, ainsi que le reconnaît M. Vavasseur, on ne voit pas pourquoi elle le serait pour le premier.

[1] *J. du Pal.*, 1854, t. I, p. 225 ; Devilleneuve, 54, 166 ; 1, Dalloz, 54, 1, 81.

Digitized by Google

d'une conséquence résultant du principe consacré par les arrêts des 15 février 1853 et 11 avril 1854. — Et vainement la Cour de cassation excipe de la loi spéciale pour le cas de faillite. Où donc cette loi a-t-elle posé le principe qui consacrerait la dérogation au droit commun? Nous lisons attentivement toute la section qui traite des droits des femmes au titre *des Faillites*, et nous n'y voyons rien d'où il soit possible d'induire ce principe. Les articles 557 et 558 C. comm. consacrent en faveur de la femme le droit de reprendre en nature ses apports en immeubles qui ne se trouveraient pas mis en communauté, et, sauf certaines conditions, les immeubles acquis par elle et en son nom des deniers provenant de successions ou donations. Les art. 559 et 560, sur lesquels l'arrêt du 24 janvier se fonde plus particulièrement, se bornent, le premier, à poser une présomption de propriété en faveur du failli relativement aux biens acquis par sa femme, et le second à exprimer que la femme pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage, et dont l'identité sera prouvée par un inventaire ou tout autre acte authentique, et qu'à défaut par la femme de faire cette preuve, lesdits effets mobiliers seront acquis aux créanciers.

Or de telles dispositions témoignent uniquement, de la part du législateur, une exigence plus grande, et commandée par la situation, relativement à l'établissement des reprises de la femme; mais il n'en résulte en aucune manière que, la preuve une fois faite, la femme doive ou puisse même être privée des avantages que lui assurerait le droit commun.

Donc, pour être conséquente dans son système, la Cour de cassation aurait dû consacrer le droit de préférence en faveur de la femme, même dans le cas de faillite de son mari, à la seule condition toutefois que ses reprises seraient dûment justifiées par elle, conformément aux prescriptions de la loi; et c'est à juste raison que M. Devilleneuve, qui, nous l'avons vu, est partisan, en principe, de cette préférence en faveur de la femme, l'admet aussi pour le cas de faillite, comme une conséquence nécessaire de la jurisprudence établie pour le droit commun [1].

Quant à nous, qui contestons ce droit d'une manière absolue, nous disons que, s'il n'y a pas lieu de l'accorder à la femme du failli, ce n'est aucunement à raison des dispositions spéciales de la

[1] Voir 53, 2, 529 et 54. 1, 166 aux notes.

Digitized by Google

loi commerciale, mais uniquement parce que ce droit est injuste en principe, et que la loi commune le repousse invinciblement.

XIX.—Aussi voulons-nous espérer que la Cour suprême ne s'en tiendra pas à l'insuffisante transaction que révèle son arrêt du 24 janvier 1854; elle reconnaîtra qu'il faut aller plus avant, et renoncer à la jurisprudence inaugurée par les arrêts du 15 février 1853 et du 11 avril 1854. — Cette jurisprudence est funeste dans ses effets; cela se justifie par le nombre même de procès qu'elle a suscités déjà. Elle est viciée dans son principe, car elle repose sur une erreur que tout démontre : la raison, la justice, le droit, la tradition. Le dernier mot n'est donc pas dit encore; le moment venu, la Cour suprême ajoutera une preuve de plus à celles qu'elle a déjà données de son amour des principes, par son empressement à y revenir toutes les fois que l'erreur ou l'oubli l'en ont momentanément éloignée.

PAUL PONT.

NOTES ET OBSERVATIONS DIVERSES,

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

I. Utilité de l'étude des mots.
II. *International,* mot adopté.
III. *Mort civil* pour *mort civilement* doit être rejeté.
IV. Ne pas laisser prendre place à *sanité* d'esprit.
V. *Quid* de donation *à titre onéreux?*
VI. Et de *donation contractuelle?*
VII. Des mots *legs universel;* legs *à titre universel.*
VIII. Synonymie de *reconnaissance* et *aveu* en matière d'enfant naturel. Nuances des deux expressions.
IX. Si dans le Code Napoléon, *enfant naturel* comprend les bâtards adultérins ou incestueux.
X. S'il est bien conforme au Code de distinguer plus de deux *régimes* dans les conventions matrimoniales.

I.—Il est bon quelquefois de délasser ceux qui se livrent à des questions vastes et profondes par des études restreintes dans un cerle étroit. L'étude d'un mot donne de la netteté aux idées;

Digitized by Google

celle d'une définition peut faire embrasser toute une matière : aussi trouve-t-on au *Digeste* un titre *de Regulis juris*, un autre intitulé *de verborum Significatione*. Nos maîtres dans la science du Droit n'ont pas regardé comme inutiles ces courtes explications. Ne soyons pas plus dédaigneux que tant de grands hommes.

Pourtant, il faut l'avouer, les questions de grammaire fatiguent les oreilles superbes : il semble qu'elles ne sont bonnes « qu'à regratter un mot suspect au jugement. » Les questions sur les définitions ont aussi leur danger : les règles les plus sûres peuvent manquer sur un point. Pourtant c'est du sens des mots, c'est des définitions et des règles de droit que dépend presque toujours la sûreté d'un raisonnement juridique. Ce sont des vétilles : je l'avoue ; mais ces vétilles peuvent être utiles : *in tenui labor.*

II. — Il y a quelques mots nouveaux en droit qui ne me plaisent pas, même quand l'usage les a adoptés, parce qu'ils surchargent notre vocabulaire de termes nouveaux. Je ne crois pas du tout qu'il faille un mot pour chaque idée, et j'ai regret que *droit des gens*, qui signifiait à la fois le droit naturel secondaire et le droit entre les nations, ait vu venir à son secours les mots *droit international ;* c'est là un mot vraiment étrange, formé d'une préposition latine et d'un adjectif français contre toute analogie. Mais il a acquis droit de cité : il n'y a plus à l'attaquer.

III. — Je n'en dirai pas autant des mots le *mort civil*, pour le *mort civilement*, que j'ai vus pour la première fois dans un ouvrage de M. Guichard sur les droits civils. La lenteur des mots *mort civilement* peut excuser ceux qui préfèrent la locution nouvelle ; mais cette locution n'en est pas moins contraire au langage des lois qui disent « ceux qui sont *morts civilement !* » à la linguistique générale qui modifie toujours un adjectif par un adverbe, au génie de notre langue qui, lorsqu'elle emploie un adjectif comme adverbe, le place avant le mot modifié, comme dans enfant *nouveau-né*, et au sens naturel des mots, car, comment appliquer l'épithète de *civil* à celui qui est dépouillé des droits civiques et civils ?

IV. — Que dire de certains mots que les jurisconsultes et les tribunaux veulent introduire ? Depuis que le Code Napoléon a dit

Digitized by Google

avec cette pureté d'expression qui en caractérise le style, « Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être *sain d'esprit*, » il nous a fallu inventer deux mots *sanité* et *insanité* d'esprit : on les trouve même dans des monuments judiciaires ! Comme si ce n'était pas assez que la loi, suivant notre goût français de n'appeler jamais les choses par leur nom, eût inventé le mot d'*aliénés* pour exprimer l'état de ceux dont la démence ou la fureur n'est pas encore habituelle.— Passe pour *insanité*, quoiqu'il révolte l'oreille, si l'on veut peindre la maladie d'esprit qui n'est pas parvenue à son comble... Mais *sanité!*... à quelle langue l'emprunte-t-on ? Pas même à la langue latine où l'on disait *mentis integritas*, quoique l'on dît fort bien *mens sana in corpore sano;* et certes, la *santé* de l'esprit offre une idée assez nette pour que nous repoussions un mot inutile et barbare... Sera-ce parce qu'à côté du mot négatif *insanité*, on ne trouve pas un terme positif pour l'idée contraire. Cela n'est pas nouveau dans notre langue qui se plaît dans ces négligences : *innocent*, négatif de l'idée de nuire, n'a pas de corrélatif opposé.

V. — Un autre exemple de ces locutions vicieuses se voit dans les mots *donation à titre onéreux*, qu'on trouve même dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1818 en matière d'enregistrement.— Il faut me hâter de le dire : si la Cour de cassation a dit dans cet arrêt, où le demandeur en restitution soutenait ne devoir payer que le droit de vente parce que la *donation* lui était faite *à titre onéreux* à raison des charges, « que la loi du 22 frimaire an VII ne fait aucune distinction entre les donations à titre gratuit et les donations à titre onéreux, » on sait bien que ces mots ne se sont glissés dans la rédaction, que par la nécessité de répondre aux termes du Mémoire. — Mais les tribunaux se servissent-ils plus souvent de cette locution ridicule, il est du devoir du légiste de l'éviter : il n'y a point de *donations à titre onéreux ;* il peut y avoir des donations onéreuses ou avec charge (*donationes sub onere solvendi*), puisque là ce qui excède la charge est nécessairement libéralité et advient gratuitement au donataire : il ne peut y avoir titre onéreux que là où la charge est la cause du contrat, qui alors est contrat commutatif.

VI. — Q'y a-t-il de plus vicieux dans la langue du droit français que l'accouplement des mots « *donation contractuelle,* » pour dire « *donation par contrat de mariage?* » « Donation contrac-

Digitized by Google

tuelle » devrait être l'opposé de « donation testamentaire. » Il n'en est pas ainsi : il se dit en style de palais des donations de biens à venir faites par contrat de mariage. Bizarre alliance de mots, puisque toutes nos donations entre-vifs ne se peuvent faire que par contrat. — Elle n'est pas du tout justifiée par les mots *Institution contractuelle,* disposition qui ne peut se faire que par contrat de mariage. Cette locution est juste, parce qu'elle indique une disposition universelle qui ne pourrait autrement se faire que par testament, et notre Code a eu même grand soin de l'éviter et de le remplacer par « *donation de tous biens à venir par contrat de mariage.* » Mais si elle est juste, *Donation contractuelle* n'en demeurera pas moins une expression fausse et à éviter.

VII.— La loi elle-même emploie quelquefois des mots dans un sens trompeur, moins souvent dans le Code civil, le plus parfait de tous sous le rapport de la rédaction. Alors, il faut bien se soumettre et parler comme la loi. Telle est la célèbre distinction des méfaits ou infractions à la loi pénale en crimes, délits et contraventions, classifiés suivant la nature de la peine et non selon la moralité du fait : tel est dans notre droit civil la distinction du légataire universel et du légataire à titre universel.

Pour m'arrêter à cette dernière distinction, c'est une irrégularité dans le Code civil : on avait toujours regardé le titre universel comme générique et opposé au titre particulier. On avait toujours compris au nombre des titres universels, le legs universel général, et les legs d'une partie aliquote dans l'universalité. Le Code Napoléon en a décidé autrement, parce qu'il a voulu que le légataire universel ne remplaçât pas le légataire universel du pays coutumier, toujours soumis à une réserve statutaire ; il a voulu qu'il eût les droits de l'héritier institué du pays de droit écrit, et surtout l'accroissement, qui n'appartient jamais au légataire d'une quote-part ou d'une nature déterminée de biens... On comprend et sa division des legs et son esprit ; mais dans l'esprit du praticien, elle fait naître l'incertitude sur ce qui est universel ou ne l'est pas ; et même dans certaines parties du Code, *dispositions universelles* comprend ce que l'art. 1010 qualifie de legs à titre universel (Voy. l'art. 909).

VIII.— Une autre source d'erreur consiste à ne pas tenir compte assez des nuances d'expression. Une cause de divergence d'opi-

Digitized by Google

nions naît de ce que dans l'art. 336, les uns veulent prendre dans le même sens le mot *reconnaissance* du père, et le mot *aveu* de la mère qui y sont employés l'un principalement, l'autre par simple incise. Certes, il y a une nuance entre ces deux mots, et si la loi a imprimé une forme authentique à *l'acte de reconnaissance*, et n'a pas dit que l'*aveu* se ferait dans la même forme, il est permis à d'autres de dire que l'*aveu* que fait la mère après la reconnaissance du père peut consister dans une simple lettre, dans un acte sous seing-privé, dans une suite de faits matériels, témoins éloquents de la vérité d'un acte qui contient l'indication de sa maternité : il y a peut-être à examiner aussi si *reconnaissance* n'est pas employé de deux manières différentes dans les art. 334 et 336 ; si, dans l'art. 334 il ne signifierait pas le fait à constater, et dans l'art. 336, l'acte qui le constate ; si dans l'art. 334 la loi ne fait pas clairement entendre qu'il y a des cas où un seul acte authentique est suffisant pour la reconnaissance complète d'un enfant naturel, et pour lui donner une famille, telle qu'elle peut être en droit naturel ; il y a peut-être à examiner si, en se servant du mot *aveu* quand il y a indication de la mère, la loi n'a pas voulu, quelle qu'en fût la forme qu'elle n'impose pas, que cet *aveu* certifiât la reconnaissance de paternité et complétât la reconnaissance de l'enfant qui peut être faite par un acte unique ; enfin si cela n'est pas d'autant plus probable, que l'art. 336 n'affecte ni les mots « la reconnaissance du père, » ni les mots « sans l'indication et l'aveu de la mère, » d'aucun mot, d'aucun verbe exprimant le temps. Je ne discute pas ici cette question ; j'indique aux lecteurs, à mes confrères, un point d'examen devant lequel on recule toujours : les discussions de mots sont toujours arides ; elles peuvent devenir fausses, si l'on ajoute un seul mot aux termes de la loi : pourtant, en fait d'étude du langage, il faut se souvenir de la promesse de Quintilien : *Plus habet in recessu quàm in fronte promittit*..

IX.— Le langage de l'Ecole contribue aussi à gâter la langue du Droit. Nos pères divisaient les bâtards en deux classes : les bâtards simples, et les bâtards adultérins et incestueux. Nos premiers maîtres, sous le Code civil, Toullier et Delvincourt ont appliqué cette division aux enfants naturels : c'est une erreur que nous suivons en aveugles. La division était juste autrefois, parce que le mot *bâtard* exprimait en soi l'idée générique d'illégitimité ;

Digitized by Google

mais le nom *d'enfants naturels* n'a pas, dans l'esprit du Code, la même étendue. Jamais cette épithète n'accompagne, dans le Code, les mots enfants incestueux ou adultérins. (V. les art. 331, 335, 342 et 762 du C. N.) Si ces infortunés sont l'œuvre des lois matérielles de la nature, ils ont néanmoins été jetés dans la vie au mépris de ses lois morales; car la nature elle-même, avant tout législateur, enseigne le respect du mariage et la pureté de la famille.

Le mot *bâtards* était le mot français; le mot *enfants naturels*, usité dans le midi, était l'expression latine. Or, la novelle 89 de Justinien en expliquant les mots *liberi naturales* donne ce nom : 1° aux enfants nés de justes noces, en même temps naturels et légitimes; 2° aux enfants légitimés; 3° aux enfants nés hors mariage, mais non légitimés, quoiqu'ils auraient pu l'être : hors ces trois classes d'enfants naturels et légitimes, naturels et légitimés, naturels seulement, l'empereur refuse d'en faire une quatrième; il assimile, non leur personne, mais leur naissance à une monstruosité dans l'ordre de la nature et de la société civile : *Alios autem qui complexibus aut nefariis aut incestus aut damnatis processerunt, neque naturales esse decet, sed etiam monstrantur indigni: itaque isti neque naturales nominantur neque habebunt quod dam ad præsentem legem participium.* C'est ainsi que les mots enfants naturels ont toujours été entendus en français (je ne veux citer qu'une autorité) : Bretonnier sur Henrys, liv. VI, chap. III, quest. 10, suit la même distinction : « Dans le Droit, dit-il, l'on « a toujours mis une grande différence entre les simples bâtards « (qu'on appelle *enfants naturels*), et ceux (sous-entendu *bâtards*) « que l'on appelle adultérins ou incestueux..... » Les rédacteurs du Code ont donc pris la langue telle qu'elle était faite; et, dans leur ouvrage, enfant naturel ne signifie que bâtard simple.

J'avouerai pourtant que le langage a participé au trouble des idées pendant la période révolutionnaire : mais la loi civile résistait comme par instinct au nom d'enfant naturel pour les enfants nés d'une union criminelle; et les rédacteurs de la loi de brumaire an II, ont évité l'écueil grammatical en qualifiant indistinctement les bâtards du nom *d'enfants nés hors mariage.*

Examinez bien les textes et vous reconnaîtrez que dans le Code Napoléon « *enfants naturels* » ne comprend que les enfants nés d'un commerce libre, *ex soluto et solutâ.* C'est de la loi civile que les hommes tiennent un état civil : on peut être père et enfant par les lois de la nature seulement; mais on ne jouit civilement

Digitized by Google

des droits de paternité et de filiation que si la loi civile vient à les sanctionner. Or, c'est aux bâtards simples seulement que la loi assigne des droits civils de famille, mais rigoureusement limités; c'est des bâtards simples seulement que la loi permet la reconnaissance; c'est à la succession des bâtards simples seulement que les père et mère naturels peuvent être appelés; donc, sous le titre d'enfants naturels, la loi n'entend jamais les enfants adultérins ou incestueux. Elle ne veut pas en connaître l'existence; elle la cache d'un voile impénétrable.

Je sais bien l'objection : la loi les désigne en les excluant de la légitimation (331), en les excluant de la reconnaissance (335 et 342), en leur accordant des aliments quand un procès a révélé leur existence (762 et 763), en leur refusant sous le nom générique d'enfants naturels de recevoir par donation entre-vifs ou par testament audelà de ce qui leur est accordé au titre *des successions*.

De ce que la loi les désignerait dans un titre ou dans un autre, s'ensuit-il donc qu'elle les qualifierait *d'enfants naturels ?* Certes, la novelle 89 les désignait bien formellement, mais elle les excluait de ce titre. Or, que fait l'art. 331? Dit-il « les enfants naturels, autres que, etc...? » Non, il porte : « Les enfants *nés hors* « *mariage*, autres que ceux nés d'un commerce adultérin et in- « cestueux, pourront être légitimés... » Ce qui, certes, revient à ces mots : « *les enfants illégitimes*, » et ce qui divise l'illégitimité en deux espèces : l'illégitimité susceptible de réhabilitation, l'illégitimité irremédiable. Les enfants susceptibles de légitimation sont les enfants naturels dont le législateur va traiter dans une première section pour donner d'abord dans la section première les moyens d'une réparation entière envers ces êtres malheureux; puis dans une section 2e, afin d'offrir pour eux une réparation incomplète, là où manquera pour une cause ou pour une autre le bienfait souverain de la légitimation. Or, les articles 335 et 342, comme les art. 762 et 763, évitent avec soin, et avec autant de soin que l'art. 331, l'adjonction du mot *naturel*. Donc la loi exclut de ce nom ceux qu'elle appelle, certes, d'un nom moins grossier que celui de bâtards, mais d'un nom plus flétrissant, enfants adultérins et incestueux.

Disons donc que le Code est, dans ses termes, aussi exclusif que la novelle, et plus sage dans sa rédaction.

Mais il renvoie au titre *des successions* pour régler les droits

Digitized by Google

des enfants naturels, et là il s'occupe des bâtards adultérins et incestueux!

Comment s'en occupe-t-il? Est-ce donc pour leur donner des droits? Non : c'est pour les exclure des droits qu'il vient de conférer à l'enfant naturel. Suivez bien la marche de la loi. C'est une loi civile ; une loi qui ne peut s'étendre. L'enfant naturel (le bâtard simple) a des droits parce que la loi les crée : la loi le désigne partout, à chaque article... Puis, craignant l'euphémisme, cet ennemi secret du langage et de la vérité, le législateur arrête sa marche pour dire : « Les droits que je viens d'accorder à l'enfant naturel, qu'on se garde de les appliquer à l'enfant adultérin ou incestueux (art. 762). » Est-ce donc là appeler celui-ci *enfant naturel?* N'est-ce pas, au contraire, l'exclure de la loi qu'on vient de faire pour tous les enfants nés d'un commerce libre?

La loi n'accorde à ces malheureux que des aliments. Elle réforme en cela la dureté de la novelle, mais comme dans la novelle *isti nequè naturales nominantur, neque habebunt quoddam ad præsentem legem participium.*

Quant à l'art. 908 qui interdit aux enfants naturels de rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions, qui nous a dit que le législateur y avait entendu les deux classes de bâtards? Est-ce que la loi n'a pas assez fait d'une part en défendant à tous la recherche de la paternité et de la maternité criminelle? Et par conséquent, l'art. 908 ne peut s'entendre que des enfants naturels reconnus ou susceptibles de l'être. On objectera qu'il y a des cas où la justice découvre cette affligeante vérité, et qu'il faut bien avoir recours à l'art. 908 pour arrêter le cours des libéralités insensées d'un père judiciairement convaincu d'un crime. Je réponds que l'art. 908 n'est même pour les bâtards simples qu'une superfétation; que tout était réglé pour eux même en matière de libéralité par les art. 757, 760 et 761 ; que tout était réglé pour les enfants adultérins et incestueux, par la disposition de la loi qui, sur les biens de leur père ou mère, ne leur accorde que des aliments ; qu'une disposition exclusive de toute autre chose que des aliments, à côté des dispositions limitatives écrites pour les enfants naturels, est assez formelle pour faire crouler toute prétention à des legs ou donations, et par conséquent qu'en parlant des enfants naturels dans l'art. 908, le législateur n'a pu parler que de ceux-là seuls à qui

Digitized by Google

il en avait donné le nom, c'est-à-dire de ceux que l'ancien droit appelait *simples bâtards*.

Que le lecteur ne croie pas que ces observations soient sans portée.

Toutes les fois qu'on défend ou qu'on établit un principe, on n'en embrasse pas toutes les conséquences.

Mais il est permis d'en apercevoir quelques-unes. Je n'en signalerai qu'une ici.

Dès que les bâtards adultérins ou incestueux ne sont pas compris dans la loi sous le nom d'*enfants naturels*, toutes les fois qu'il s'agit de l'état de famille ou des intérêts pécuniaires, il suit que l'art. 767 attribue la succession du mari qui n'a pas d'héritiers, à la femme non divorcée, malgré l'existence de bâtards adultérins ou incestueux : il suit encore qu'à défaut de conjoint, l'État leur est préférable, suivant l'art. 768. Leur existence n'est pour rien comptée.

Cependant je dois dire qu'il y a deux articles du Code civil ou le mot *naturel* comprend les bâtards de toute espèce : mais alors il ne s'agit plus d'intérêts pécuniaires; il s'agit de droit naturel, de droit public, et des atteintes morales qui y seraient portées; ce sont les articles 161 et 162 qui prohibent le mariage entre tous les ascendants et descendants, entre frères et sœurs légitimes ou naturels; mais ici on est dans un régime plus élevé que l'état civil lui-même. Ainsi était défendu le mariage en droit romain avec la parenté servile quoique l'affranchissement ne donnât pas les droits de parenté civile.

X. — Je crois devoir attaquer aussi ces divisions que font les auteurs et que n'a pas faites la loi. C'est encore au langage de l'école qu'on doit l'usage qu'on fait aujourd'hui du mot *régime* en matière de conventions matrimoniales. On se laisse aller à refondre les contrats de mariage en une foule de régimes divers : régime *de communauté légale*, régime *de communauté réduite aux acquêts*, régime *d'exclusion de communauté*, régime *de la séparation de biens*, régime *dotal*, régime *de dotalité modifiée*, etc., etc... Où s'arrêteront donc ces divisions, qui me paraissent au moins inutiles, si elles ne sont pas dangereuses.

Je tâcherai donc de bien déterminer ce que la loi a entendu par *régime* au titre *du contrat de mariage*.

Auparavant je ferai remarquer que l'application du mot *régime*

Digitized by Google

à la matière des conventions matrimoniales ne date que du Code civil. Je n'ai pas connaissance qu'on s'en soit servi auparavant, quoique ces conventions aient été *régies* en pays de droit écrit par des lois bien différentes de celles qui les *régissaient* en pays coutumier.

Le projet de Code civil n'avait pas même employé ce mot. Dans le principe (V. Fenet, t. XIII, p. 492), le titre du contrat de mariage était divisé en trois chapitres : I. *Dispositions générales ;* II. *De la communauté légale ;* III. *Des conventions qui peuvent modifier la communauté légale ou l'exclure totalement*, et c'est dans ce troisième chapitre qu'on parlait des biens dotaux (auxquels le projet refusait l'inaliénabilité) et des biens paraphernaux.

Dans la discussion même, au lieu d'employer le mot régime, on se servait généralement du mot *système*. M. Berlier commença par examiner les *systèmes* fort opposés des pays de droit écrit et des pays coutumiers (p. 523). M. Tronchet est le premier qui ait dit dans la séance du 6 vendémiaire an XII « le *régime* du droit écrit. »

Mais à la séance du 4 brumaire est venu le projet définitif, l'adoption du RÉGIME en communauté et du RÉGIME dotal, et la classification des conventions modificatives ou exclusives de communauté (autres que le *régime dotal*) dans une partie du chapitre intitulé *du régime en communauté*.

Cet historique connu, que signifie donc le mot *régime* tel que l'ont introduit ici les membres de la section de législation après une première rédaction où il ne s'était pas trouvé ? Il signifie ensemble général d'un système de législation matrimoniale, par opposition à un autre système ; il signifie *système* tiré des coutumes, par opposition au *système* tiré des pays de droit écrit.

Le mot *régime* a en lui quelque chose d'étendu et de général qui ne permet pas de s'en servir pour désigner les détails. Il a surtout été employé pour désigner un *mode général* de gouvernement et d'administration, par opposition à un autre ; et l'on peut dire que ce mot s'est trouvé naturellement amené par l'emploi qu'on faisait depuis dix ans des mots *nouveau régime, ancien regime*, qui désignaient la république avec ses idées nouvelles, la monarchie avec ses institutions attaquées ou abattues : ainsi le nouveau Code a dit « le régime dotal » pour marquer l'ensemble des lois permettant l'inaliénabilité des biens de la femme contrai-

Digitized by Google

rement au droit commun, même quand des conventions particulières affaibliraient pour les époux la sévérité de ce régime général, même quand on l'allierait à une sorte de communauté sous le nom de société d'acquêts. Ainsi le nouveau Code a dit *régime en communauté* pour indiquer celui qui permettait la libre disposition des biens de la femme avec son consentement, et comprend même les conventions exclusives de communauté.

Certes, je n'entends pas dire que des époux mariés avec exclusion de communauté, avec séparation contractuelle de leurs biens, soient des époux communs en biens : mais ce sont des époux mariés sous la loi ou le régime en communauté qui ont fait conventionnellement une profonde dérogation à la loi ou au régime en communauté sous lequel ils se sont mariés ; et cela est si vrai, que même sous les coutumes où ces stipulations étaient permises quoique non prévues par les textes, la jurisprudence donnait au mari l'administration des biens de la femme mariée sans communauté, et empêchait la femme séparée d'aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari : on empruntait donc dès lors à la loi générale ou au *régime* de la coutume ce qui paraissait n'avoir pas été prévu lors de la convention spéciale et dérogatoire. Peut-être aujourd'hui le Code exprime-t-il d'une manière plus tranchée l'effet de ces deux clauses : mais il ne m'en paraît pas moins vrai qu'il faudrait encore recourir en cas de difficulté aux principes généraux du régime en communauté s'il s'y trouvait une lacune, par exemple pour le remploi des immeubles.

Je crois donc dangereuse l'habitude de langage qui s'est introduite de dire : *le régime* de la communauté réduite aux acquêts, *le régime* de la séparation de biens, *le régime* d'exclusion de communauté, etc.; je regrette que tant de bons esprits aient employé ces expressions. Quand la loi introduit un mot nouveau, il ne faut l'employer que comme la loi ; autrement il fera voir plusieurs systèmes généraux, là où la loi n'en a voulu introduire que deux, et conduira à je ne sais quelle erreur. S'il est ordonné de se servir toujours des noms des mesures légales ; il est convenable aussi, dans la science du droit, de se créer un vocabulaire rigide, et de ne se servir des mots spéciaux de la loi que conformément à la loi même, parce que les mots sont la mesure des idées qu'elle a voulu produire.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

EXPOSITION ET DÉLAISSEMENT D'ENFANT.

TOUR D'HOSPICE. — DÉLIT. — CONTRAVENTION.

Par M. Amb. Vente, substitut à Beauvais.

Le dépôt d'un enfant dans le tour d'un hospice constitue-t-il le délit d'exposition et délaissement dans un lieu non solitaire prévu et réprimé par l'article 352 du Code pénal?

Si la jurisprudence devait faire loi, il faut reconnaître que la question serait aujourd'hui nettement tranchée dans le sens de la négative[1]. Cependant on l'agite encore devant les tribunaux. L'abandon des enfants nouveau-nés dans un tour d'hospice est un fait immoral en soi, et sa fréquence peut même devenir un danger social. De là une tendance marquée du ministère public à s'associer aux plaintes de l'administration, et à provoquer le retour de la jurisprudence sur l'interprétation suivant lui trop étroite qu'elle donne de la loi pénale. Tout récemment encore le tribunal d'Orléans était saisi de cette question, et sa décision[2] peut donner quelque opportunité à de courtes réflexions sur l'application de l'article de 352 du Code pénal.

Cet article est ainsi conçu : « Ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu non solitaire un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de 16 fr. à 100 fr. »

Il a soulevé une première difficulté. La loi parle d'exposition dans un lieu non solitaire. Ne devait-on pas décider que ces expressions *lieu non solitaire* étaient inapplicables aux tours d'hospices? — Sans doute les termes de l'article 352 sont généraux. Mais n'y a-t-il pas été dérogé par une loi postérieure et spéciale? Le décret du 19 janvier 1811 concernant les enfants trouvés ou abandonnés ne permet-il pas d'une manière générale le dépôt de ces enfants dans les hospices? Peut-on faire un délit d'un fait autorisé par la loi même? — Un arrêt très-fortement motivé de la Cour de cassation en date du 30 octobre 1812[3] a fait justice de cette interprétation. Le décret de 1811 n'ouvre les portes des

[1] Voir les arrêts que nous citons plus loin.
[2] Voir la *Gazette des Tribunaux*, du 6 mai 1854.
[3] *Cassation*. Bulletin criminel, 1812, p. 465, nº 236.

Digitized by Google

hospices qu'aux enfants dont les parents sont inconnus, et aux orphelins[1]. Quant à ceux dont les parents sont connus ils ne peuvent pas être déposés aux hospices, et bien loin que le délaissement en soit autorisé, l'article 23 du décret dispose que les parents qui seraient convaincus de ce fait doivent être punis conformément aux lois.

Il n'est point à notre connaissance que ce système ait été reproduit depuis, et il reste constant que le tour d'un hospice, en ce qui concerne les enfants non spécifiés par les articles 2, 5 et 6 du décret de 1811, doit être assimilé au *lieu non solitaire* dont parle le Code pénal.

Ceci posé, le fait qui nous occupe constitue-t-il le délit d'exposition et délaissement d'enfant dans un lieu non solitaire?

Si l'exposition pure et simple était la seule condition requise par la loi, l'affirmative ne serait pas douteuse. Mais l'article 352 ne parle pas seulement d'exposition. Il est exigé encore qu'il y ait délaissement de l'enfant exposé.

Cette distinction ne paraît pas avoir attiré l'attention de ceux qui soutiennent que le seul fait du dépôt constitue par lui-même et toujours un délit. MM. Bourguignon[2], Carnot[3] et Mars[4] adoptent ce système. Mais ces auteurs ne motivent point leur opinion qui ne paraît reposer que sur l'existence de l'arrêt de 1812, qu'ils rapportent sans l'examiner. Il semble qu'ils n'aient pas prévu les difficultés que devait soulever plus tard l'interprétation du mot délaissement.

Devant le tribunal d'Orléans, l'organe du ministère public paraît avoir présenté le même système[5]. Il a soutenu qu'aux termes du décret de 1811, l'enfant déposé par sa mère qui était connue n'avait point qualité pour être recueilli et secouru par l'hospice, que dès lors il était délaissé; que l'article 23 du décret de 1811 relevait même d'une manière toute spéciale le caractère *délictueux* de ce fait, puisqu'il disposait que les auteurs en seraient punis conformément aux lois. Or à quelle loi renvoyait-il pour l'application de la peine? Evidemment à l'article 352 du Code pénal, le seul qui statuât sur l'espèce. Décla-

[1] Art. 2, 5 et 6.
[2] T. II, p. 325.
[3] Commentaire sur le Code pénal, art. 352, n° 2, et 348, n° 7.
[4] Cours de Droit criminel, art. 352.
[5] *Gazette des Tribunaux*, 6 mai 1854.

Digitized by Google

rer que cet article est inapplicable, ce serait rendre la disposition de l'article 23 inutile et sans objet. — A l'appui de sa doctrine, le ministère public présentait, comme les auteurs déjà nommés, l'arrêt de 1812, arrêt de principe, disait-il.

Mais je pense que cette doctrine est trop absolue. D'abord il n'est pas juste de dire que l'arrêt de 1812 tranche la question de principe. Il porte que le délit prévu par l'article 352 *peut s'opérer* par le dépôt d'un enfant à la porte d'un hospice[1], mais non pas qu'il *s'opère nécessairement* par ce fait. — Ensuite l'argument tiré du renvoi que fait l'article 23 du décret de 1811 à la loi pénale n'est pas plus concluant. Cet article, en effet, ne dit pas que le fait de dépôt sera toujours punissable, mais seulement qu'il le sera *conformément aux lois*, c'est-à-dire et bien évidemment s'il rentre dans les prévisions de la loi qu'on veut appliquer. D'où il résulte que c'est dans l'interprétation de cette dernière loi, dans sa comparaison avec le fait incriminé, que se concentre en définitive toute la difficulté.

Reprenons donc ici l'examen que nous faisions de l'art. 352. Il exige, avons-nous dit, qu'outre l'exposition, il y ait délaissement de l'enfant abandonné.

Qu'est-ce que le délaissement? Les dictionnaires définissent ce mot : « Manque total de secours : état d'une personne privée de toute assistance[2]. » Ce n'est donc pas abusivement qu'un auteur l'a défini au point de vue pénal : « L'abandon de l'enfant privé d'assistance immédiate[3]. » C'est aussi avec raison que la Cour de cassation décide qu'il y a délaissement « lorsque par le fait de l'abandon, il y a eu cessation ou interruption des soins et de la surveillance dûs à l'enfant[4]. » MM. Chauveau et Hélie disent qu'il y a délaissement « toutes les fois que l'exposant abandonne l'enfant sans s'assurer s'il a été recueilli[5]. »

Un seul juriste, l'annotateur anonyme d'un arrêt de 1835[6], prétend que délaisser signifie « abandonner, se défaire à tout jamais. » Ce qui pourrait alors s'appliquer raisonnablement au

[1] Arrêt de 1812, premier considérant.

[2] Rivarol, édition de 1828. — Bescherelle.

[3] Morin, *Répertoire de Droit criminel*, V° *Abandon d'enfant*, § 2, n° 8.

[4] Cassation, Bulletin criminel, 1820, p. 40, n° 15. — La Cour n'a pas varié depuis dans cette définition.

[5] *Théorie du Code pénal*, t. IV, p. 432.

[6] Sirey, 1835, 1, 667.

Digitized by Google

fait d'exposition dans un tour d'hospice. Mais nous avons vu plus haut que le sens grammatical du mot était tout autre, et dès lors l'opinion de l'arrêtiste, qui ne s'appuie que sur une définition inexacte, ne saurait être acceptée.

Pour prendre un exemple qui fasse mieux saisir la définition que nous empruntons à l'arrêt du 27 janvier 1820, il y aura délaissement lorsque des parents auront abandonné leur enfant à la porte d'une maison dans laquelle ils ont vu de la lumière, alors même qu'ils ont frappé à cette porte pour appeler, si les habitants de la maison n'ont pas recueilli cet enfant en ouvrant la porte, et si l'enfant n'a été recueilli que postérieurement par des personnes qui passaient [1]. Mais il résulte *à contrario* et juridiquement des motifs de ce même arrêt, qu'il n'y aurait pas eu délaissement, si les habitants de la maison avertis, avaient aussitôt recueilli l'enfant, ou si les parents avaient veillé sur lui jusqu'à ce qu'ils l'eussent vu recueillir par les personnes qui passèrent ensuite.

Notre définition posée et acceptée, si nous examinons le fait d'abandon dans un tour d'hospice, pouvons-nous dire qu'il constitue le délaissement? Oui, si l'enfant est resté privé de soins et de surveillance au tour de l'hospice. L'arrêt de 1812 ci-dessus rapporté le décidait ainsi. Non, si le préposé du tour est certainement et immédiatement averti du dépôt qui est fait, et retire aussitôt l'enfant déposé, car alors il n'y a pas eu « cessation des soins et de la surveillance dûs à l'enfant. »

La question est donc toute de fait, et revient à celle-ci : L'enfant est-il ou non resté privé de soins et de surveillance dans le tour? A ce point de vue, il est juste de convenir qu'elle se résoudra le plus souvent en faveur des prévenus, car tous les tours doivent être ainsi disposés, que le gardien est averti du dépôt aussitôt qu'on le fait. D'un autre côté, vouloir démontrer que la personne qui a fait le dépôt s'est retirée avant de s'être assurée que l'enfant a été recueilli, c'est une preuve sinon impossible, au moins très-difficile. Ce sont ces motifs peu juridiques, on en conviendra, qui expliquent, sans la justifier, la déviation regrettable de la jurisprudence, qui d'une question de fait a fait une question de principe, et qui, s'appuyant sur ce que le plus souvent le dépôt dans un tour d'hospice sera exempt de délaissement, n'a pas

[1] Arrêt précité de 1820.

Digitized by Google

craint de poser en principe qu'il en exclut même la possibilité, et ne laisse pas place à la preuve du contraire.

Ainsi la cour de Bruxelles a jugé, le 11 mai 1833 [1], qu'*il ne peut* y avoir délaissement, attendu que par l'organisation même des tours il y a certitude que l'enfant déposé sera recueilli immédiatement. — Et dans son dernier arrêt du 16 décembre 1843 [2], la Cour de cassation décide que l'enfant dont s'agissait ayant été déposé dans un tour d'hospice, *il était certain qu'il recevrait immédiatement les soins nécessaires*. Cet arrêt est remarquable parce que les tribunaux de première instance et d'appel saisis de la question, ayant jugé dans le sens que nous rapportons, leur décision fut, de l'ordre du garde des sceaux, déférée à la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi. Il existe dans le même sens deux arrêts postérieurs : l'un, de la cour de Montpellier, du 19 août 1844, l'autre de la cour de Limoges, du 22 janvier 1848 [3]. Il semble donc que la jurisprudence se trouve fixée sur ce point d une manière presque irrévocable. M. Achille Morin [4], et le *Répertoire du Journal du Palais* [5] acceptent sans restriction la doctrine de l'arrêt de 1843.

Cependant nous ne sommes point seul à combattre la rigueur absolue de ce système. MM. Chauveau et Hélie pensent aussi que le fait d'exposition dans un tour d'hospice peut offrir le caractère du délaissement, sauf la preuve qu'il en faut faire. La Cour de cassation elle-même n'avait pas toujours adhéré aux principes posés par son arrêt de 1843, et nous trouvons deux arrêts rendus par elle, l'un du 7 juin 1834, l'autre du 30 avril 1835 [6], qui rejettent les pourvois formés contre des arrêts d'acquittement par le motif, y est-il dit, que ces arrêts établissent *en fait* que le dépôt n'a pas été accompagné de délaissement.

Ces décisions étaient, à notre sens, beaucoup plus juridiques que la solution de principe renfermée dans l'arrêt de 1843. Quelque difficile que puisse être la preuve du délaissement qui incombe au ministère public, elle n'est pas toujours impossible. Ne peut-il

[1] Arrêt cité dans le *Répertoire général du Palais*, V° *Enfant* (crimes et délits contre l'), n° 179.

[2] Cassation, Bulletin criminel, 1843, p. 526, n° 318.

[3] Ces deux arrêts sont rapportés par Morin (Répertoire cité). Je ne les ai retrouvés ni dans le *Recueil* de Dalloz, ni dans celui de Sirey.

[4] *Répertoire du Droit criminel*. V° *Abandon d'enfant*, § 2, n° 9.

[5] V° Enfant (crimes et délits contre l'), n°s 161 et suivants.

[6] Sirey. 1835, 1, 80. — 1, 667.

Digitized by Google

pas arriver que le préposé d'un tour, gardien infidèle ou négligent, s'absente ou s'endorme, et qu'un enfant déposé dans le tour y reste pendant un long temps abandonné, sans soins, sans surveillance, en un mot délaissé? N'y aura-t-il pas là réunion des circonstances prévues par l'art. 352, et délit véritable? Pourquoi, par des arrêts de principe, que rien ne justifie, en interdire la preuve?

La vérité est entre les deux systèmes que nous avons combattus. Il faut dire que la seule exposition d'un enfant dans un tour d'hospice ne constitue pas nécessairement un délit, mais qu'elle peut le constituer si, comme le disent les arrêts de 1834 et 1835, elle est accompagnée de délaissement.

Décider que le seul fait d'exposition ne constitue pas un délit, c'est appuyer un système qui soulève, il faut en convenir, de graves objections. L'abandon d'un enfant n'est-il pas toujours un acte immoral? La mère dénaturée qui prive, à tout jamais peut-être, son enfant de son état civil, de l'appui de sa famille légitime ou naturelle, n'est-elle plus coupable par cela seul qu'elle abandonne cet enfant dans un tour d'hospice plutôt qu'à la porte d'une maison habitée? Sera-t-elle affranchie de toute responsabilité par la circonstance, indépendante de sa volonté, que son enfant sera ou non recueilli? Que cette objection soit sérieuse, cela n'est pas douteux. Mais le législateur ne l'a pas ignorée, et il a statué en connaissance de cause. En effet, nous voyons dans la discussion au conseil d'Etat, que M. Pelet de la Lozère demanda qu'on punît quiconque met ses enfants dans un hospice. M. Treilhard répondit que cette disposition serait trop générale, qu'il peut se faire que la misère force des parents, malgré eux, à recourir à cette ressource [1]. Le premier système était celui de l'administration; mais le second a prévalu, puisque M. Pelet n'a pu faire accepter sa rédaction. Nous devons donc l'adopter.

La doctrine que nous présentons produit encore ce résultat dangereux qu'elle laisse l'administration à la merci d'un grand nombre de mères de famille misérables ou dépravées qui abusent, à son détriment, d'un bienfait que la loi ne créa pas pour elles. Cela est vrai, mais il n'appartient pas au juge d'y remédier par une interprétation abusive du texte de la loi. C'était au législateur de 1811 qui organisait le service des hospices à prévoir

[1] Locré, t. XXX, p. 308. — Rapporté par Morin, *suprà*, § 2, n° 6.

Digitized by Google

les abus qu'entraîneraient tant de facilités offertes à la misère et à la mauvaise conduite, et à munir l'administration des armes nécessaires pour détourner ou réprimer ces abus. Il ne l'a pas fait : nous ne pouvons pas, en matière pénale surtout, suppléer à une telle omission, et malgré les vices du système que nous soutenons, nous ne pouvons, la loi à la main, en adopter un autre.

Devons-nous ajouter que cependant la défense édictée par l'art. 23 du décret de 1811 n'est point dépourvue de toute sanction? que le fait de déposer dans un tour d'hospice des enfants qui n'y sont point légalement admissibles, constitue une infraction à ce décret, et par conséquent une contravention qui tombe sous l'application de l'art. 471, n° 15 du Code pénal? Ainsi l'a décidé, avec raison, sans aucun doute, le tribunal d'Orléans par son jugement du 29 avril. Mais l'insuffisance de la peine est ici tellement flagrante, qu'il vaut mieux à notre sens ne pas poursuivre que d'arriver à de semblables résultats qui sont presque dérisoires. Il vaut mieux reconnaître nettement que la loi est désarmée, et que le fait d'exposition dans un tour d'hospice, quelque immoral qu'il soit, n'est frappé d'aucune peine, pourvu qu'on reconnaisse en même temps, nous ne saurions trop insister sur ce point, que lorsqu'il est accompagné du fait de délaissement, il tombe sous l'application de l'art. 352 du Code pénal.

AMB. VENTE.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

ESPRIT, LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE DU NOTARIAT,

Ou Guide théorique et pratique des personnes qui en exercent les fonctions ou s'y destinent, et de toutes celles qui ont occasion de recourir aux lois sur la matière ; Traité sur un plan entièrement nouveau, composé : 1° de considérations sur les fonctions notariales, l'éventualité du rachat des offices et la responsabilité des notaires ; 2° de l'examen critique des lois et de la jurisprudence jusqu'à ce jour sur la forme des actes et toutes les questions intéressant les notaires ; 3° du rapprochement méthodique du texte des lois anciennes et nouvelles, décrets, avis du Conseil d'État, ordonnances, etc., avec les articles correspondants de la loi du 25 ventôse an XI, suivi de l'Exposé succinct et raisonné de notre organisation judiciaire en matière civile, commerciale et administrative, et des derniers conseils d'un notaire à son fils, touchant l'exercice de la profession de notaire, par C. Sosthène-Berthellot, avocat, ancien notaire, maire et conseiller d'arrondissement [1].

Article de M. Nicias Gaillard, premier avocat général à la Cour de cassation.

Ce titre est un peu long et l'auteur y fait d'assez grandes promesses ; nous voudrions pouvoir dire qu'il les a tenues toutes.

Peut-être est-ce surtout l'espace qui lui a manqué. C'est peu de chose qu'un mince volume de quelques centaines de pages pour *la Législation* et *la jurisprudence* du notariat, même à n'y point comprendre tout ce que l'on prétend y ajouter ici. Il y a des *dictionnaires* fort étendus qui ont peine à y suffire, et, sous une autre forme, des ouvrages pleins et condensés, comme celui dont MM. Clerc, Armand Dalloz et Vergé, ont donné, il y a quelques années, une 2e édition [2], dans lesquels, malgré les deux colonnes et le petit texte, c'est le tout si l'on a réussi à faire tenir une matière qui débordait.

Il faut donc s'attendre à des lacunes. Telle disposition qui a suscité de sérieuses controverses, sera abandonnée à elle-même, sans qu'aucune explication vienne aider le texte. Quelquefois même, ce sera une section tout entière [3] qui passera sans la moindre observation, quoiqu'elle ait donné lieu dans la pratique

[1] Chez Marescq et Dujardin, libraires, rue Soufflot, 17, en face du Panthéon.

[2] *Manuel théorique et pratique et formulaire général du notariat*, chez Cosse, place Dauphine.

[3] Par exemple, la section 4 du titre II : *Garde, transmission, tables des minutes et recouvrements.*

Digitized by Google

à de nombreuses difficultés et que la législation comparée, eût pu, suivant les promesses du titre, fournir à ce sujet d'utiles et curieux rapprochements [1].

S'il laisse à désirer comme ouvrage de doctrine, le livre de M. Sosthène-Berthellot n'est pas plus complet, il faut bien le reconnaître, comme recueil, ou du moins comme résumé et analyse de *législation* et de *jurisprudence* notariales. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que l'arrêté ministériel du 30 décembre 1842 « portant règlement de l'exercice et de la discipline de la pro- « fession du notariat en Algérie » n'y est même pas indiqué, malgré tout ce qu'il a de curieux dans ses dispositions spéciales et quoiqu'il soit fort bon à consulter, comme interprétation administrative, sur divers points controversés de la loi de ventôse.

De même il y manque, en ce qui a trait à la jurisprudence, quelques-unes des questions qui ont le plus vivement intéressé le notariat, dans ces derniers temps, celle, par exemple des effets de la suspension disciplinaire quant à la garde ou au dépôt des minutes du notaire qui en est frappé, question fort grave sur laquelle il existait déjà, en sens divers, quatre arrêts de cours impériales, avant ceux que vient de rendre la cour de cassation [2].

Quelquefois, il est vrai, la question s'y trouve, mais sans l'arrêt qui la résout avec le plus d'autorité. La chambre criminelle de la cour de cassation a rendu, le 10 juin 1853, au rapport de M. Faustin Hélie et sur les conclusions de M. Plougoulm, un arrêt très-remarquable, sur le privilége que réclament les notaires de ne point déposer en justice, quand il s'agit de faits dont ils ont acquis la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions; l'auteur examine la question, mais il ne dit rien de l'arrêt.

Il y a donc ici, on le voit, une part assez large à faire à la critique; mais il faut dire aussi, et c'est ce que nous dirons le plus volontiers, que même en ce qu'il a d'incomplet, l'ouvrage de M. Sosthène-Berthellot contient encore beaucoup de choses utiles. L'auteur eût pu recueillir plus de documents; — il a classé avec méthode, et employé avec intelligence ceux qu'il a réunis. Toutes les questions n'y sont pas prévues; — beaucoup y sont traitées, et avec soin. Quelques-unes même y sont approfondies,

[1] *V.* le *Code du notariat*, de M. Rolland de Villargues, t. Ier, p. 111, 194, etc., et l'ouvrage déjà cité de MM. Clerc et Armand Dalloz, t. II, p. 815 et suivantes.

[2] Ch. civ. 22 mai 1854.

Digitized by Google

notamment cette difficile matière de la responsabilité notariale, sur laquelle l'auteur donne un traité, sous forme de commentaire de l'art. 68 de la loi de ventôse. Ce qu'il faut donc souhaiter ici, c'est que le choix puisse, à un degré suffisant, y suppléer au nombre et à l'abondance. Après tout, il importe moins de remarquer ce qui manque dans un ouvrage, que de profiter de ce qu'il a de bon.

Quant à la manière ordinaire de l'auteur et à l'esprit général de son livre, M. Sosthène-Berthellot nous paraît être de ces écrivains qui, même dans les matières où l'on accorde le plus à l'autorité, se décident surtout d'après eux-mêmes. On voit qu'il commence par s'appliquer le conseil qu'il donne en plusieurs endroits, *de ne jamais accepter une opinion de confiance;* et c'est sans doute un fort bon conseil [1], mais pourvu cependant que cet usage de notre raison personnelle ne nous fasse pas dédaigner la raison d'autrui, qu'on peut fort bien consulter, sans s'y asservir. Dans les travaux juridiques, il y a toujours grand compte à tenir des décisions de la jurisprudence; l'auteur nous a paru ne la connaître que très-imparfaitement. Il nous a semblé aussi qu'il était trop peu au courant des publications qui ont précédé la sienne, surtout des travaux récents sur le même sujet. C'est se priver de précieuses ressources que de se réduire ainsi à soi-même.

Du reste cette liberté d'esprit que nous aimons, même avec ses dangers, en a beaucoup moins quand l'amour de la vérité la dirige et que tout en croyant ne relever que d'elle-même, c'est dans les pures inspirations de la morale, qu'elle puise d'ordinaire ses raisons de décider. A cet égard, M. Sosthène-Berthellot nous paraît offrir toutes garanties, et nous dirons même que nous préférons de beaucoup en lui le moraliste au jurisconsulte. Nous songeons surtout, en parlant ainsi, aux lettres qui commencent et terminent son livre. Il est censé les adresser à son fils pour l'éclairer sur le choix d'un état, puis, quand il le voit incliner au notariat, pour relever, à ses yeux, l'importance et la dignité de cette honorable profession. Il y a là des vérités bien exprimées et bien senties; soit que s'adressant en effet à son fils, il n'ait eu qu'à laisser parler son cœur, soit qu'une ingénieuse et tendre

[1] *Non te moveat auctoritas scribentis... sed purus amor veritatis te trahat...; non quæras quis hoc dixerit, sed quid dicatur attende.* Paroles admirables d'un livre où tout est à admirer !

Digitized by Google

fiction l'ait aussi heureusement inspiré que l'eût pu faire la réalité.

La dernière lettre surtout a ce genre d'intérêt. C'est comme un testament dans lequel, averti par la vieillesse et la maladie, l'ancien notaire, lègue à son fils, en touchantes instructions, les résultats de sa longue expérience et peut-être les seuls fruits de cette existence qui va finir : « Quand tu seras notaire, souviens-toi, mon fils, que l'un des principaux devoirs de tes fonctions, c'est de te rendre fidèle interprète des lois positives et de la morale, dont tu trouveras les règles tracées dans ta conscience. Sois diligent, exact, dévoué, n'ajourne jamais sans motifs une affaire au lendemain ;... subordonne toujours les intérêts de ton étude à ceux de tes clients ;... mais sache, si jamais l'occasion s'en présente, maintenir tes droits contre d'injustes exigences ou des entreprises déloyales ;... dans le doute, tranche la difficulté au profit du client, mais ne souffre jamais qu'on t'impose une réduction injuste : mieux vaut perdre le tout ;... que l'ingratitude ne te fasse jamais regretter une bonne action ;... ferme avec soin tous les abords de ton cœur aux convoitises des richesses ;... repousse même l'ambition de laisser à tes enfants ce que le monde appelle de la fortune : sois bien persuadé qu'ils trouveront plus sûrement le bonheur dans une modeste aisance ;... Dieu préserve le notariat des atteintes du luxe et de la cupidité !... »

Oui ! dirons-nous à notre tour, ce sont bien là les vœux qu'il faut faire. L'honnête homme qui persuadera ses confrères de ces belles et simples vérités, mais surtout celui, car le reste est facile, qui les fera passer dans les mœurs, sera mille fois plus utile au notariat que ne pourront jamais l'être, si habiles que soient les conseils, si savantes que soient les leçons, le praticien le plus délié ou bien même le plus profond jurisconsulte.

NICIAS GAILLARD.

Erratum à l'article de M. Gros.

Page 398, ligne 34 de la précédente livraison, au lieu de : *renonce* à l'action pétitoire ; lisez : *recoure*.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse..... 191
Acte de naissance, refus d'inscription, maire, dommages et intérêts.. 505
Acte sous seing privé.— Doivent-ils être admis à la transcription ?... 175
Actions possessoires. — Études historiques..... 377
— Servitudes discontinues..... 188 et 397
Acte résolutoire. — Paiement avec l'abrogation..... 317
Anjou. V. Usages.
Autorisation de femme mariée, nullité, créanciers..... 507
Bail emphytéotique. — Droit d'enregistrement. — Liquidation..... 22
Barnabé Brisson. — Éloge historique..... 45
Baux. — Durée. — Transcription..... 160
Caisses d'épargne. — Constitution. — Législation civile..... 364
— Versements faits par des tiers..... 366
— Versements faits par des femmes mariées..... 369
— Versements faits par des mineurs..... 373
Code de la veuve..... 399
Communauté. — Récompenses sous le régime de la communauté légale. 83
— Rente viagère. — Aliénation. — Récompense..... 9 et 401
— L'époux survivant doit récompense à la communauté lorsqu'elle a fourni le prix de la constitution d'une rente viagère au profit des deux époux, avec reversibilité au survivant..... 403
— Et la récompense doit être de la valeur estimative de la rente au jour de la dissolution de la communauté..... 405
— V. Reprises et prélèvements.
Communauté d'acquêts. — Stipulation. — Interprétation..... 307
— Bénéfice de communauté..... 308
Contrat social. — Examen critique..... 426
Conventions matrimoniales.— S'il y a lieu de distinguer plus de deux régimes..... 574
Cour de cassation. V. Testament public.
Créancier. V. Distribution par contribution. — Délits continus ou successifs.— Délits d'habitude..... 323
Den Tex, Notice nécrologique..... 488
Distribution par contribution. — Concours de créanciers saisissants avec un cessionnaire..... 337
Donation. — Charges. — Caractères..... 492
— V. Séparation de corps.
Dot. — Rapport. — Compte courant..... 308
Droit commercial. — Code de commerce. — Répétitions écrites..... 300
Droit d'habitation. — Saisie..... 422
Droit français. — Histoire..... 474
— Origines romaines, études critiques..... 448

Digitized by Google

Pages.

Droit pénal. — Division de la jurisprudence sur les principes de l'interprétation en matière pénale... 97
— Quel était ce principe dans la législation romaine et dans notre ancienne législation... 99
— Nouveau principe d'interprétation introduit par l'école philosophique et réaction contre ce principe... 101
— S'il y a lieu d'appliquer à la loi pénale l'interprétation littérale et l'interprétation doctrinale... 103
— L'interprétation en matière pénale ne doit être ni restrictive, ni extensive; elle doit être simplement déclarative... 107
— Applications... 220
— Suite... 225
— Suite... 240
Dumoulin. — Son influence sur la législation française... 27 et 261
Effet rétroactif. — Transcription... 169
Enfants naturels, bâtards adultérins ou incestueux... 570
— — Reconnaissance, aveu... 569
Enregistrement. — Bail emphytéotique... 18
Enseignement supérieur. — De l'alliance des études littéraires et juridiques... 92
Exposition et délaissement d'enfant. — Délit. — Tour d'hospice... 577
Fermage. — Anticipation. — Transcription... 164
Filiation naturelle, possession d'état, déclaration de grossesse... 507
Fœlix, Notice nécrologique... 86
Glaces. — Immeubles... 309
Hospices. — Legs universel. — Acceptation à titre conservatoire... 8
— V. Legs universel.
Immeubles. — Acquisition. — Établissements publics étrangers... 356
— V. Glaces.
J. J. Rousseau. V. Contrat social.
Legs universel. — Hospices. — Fruits... 1
Maires. — Pouvoir réglementaire... 244
Nécrologie. V. Fœlix.
— V. Den Tex.
Notaire, registres, avances, frais... 23
Notariat. — Législation. — Jurisprudence... 584
Obligations. — V. Preuve.
Police d'assurance. V. Recrutement.
Possession. — Ce que c'est en droit que la possession... 69 et 460
— La possession, lorsqu'elle est devenue annale, constitue-t-elle un droit ou n'est-elle encore qu'un fait?... 72 et 463
— Celui qui ayant acheté un objet, en reçoit par erreur un autre, a-t-il néanmoins la possession de celui-ci?... 80 et 466
— De la jonction des possessions à l'effet de prescrire. — Successeur à titre singulier. — Bonne foi... 81 et 472
Prescription, instance, péremption... 516
— Imprimeur, délai... 519
— Suspension, minorité, indivision... 521
— V. Possession, tiers détenteur, actes et violences.
Preuve. — Preuve par témoins. — La règle prohibitive de la preuve testimoniale s'applique non-seulement au cas où l'une des parties demande à prouver que la convention n'a jamais eu le sens et l'étendue que lui attribuent les termes de l'acte, mais encore à celui où la

Digitized by Google

Pages.

partie soutient que la convention a été éteinte ou modifiée par des conventions ultérieures..... 114
Quotité disponible. — Les enfants renonçants font-ils nombre pour déterminer la quotité disponible et la réserve?..... 193
— S'ils font nombre, à qui doit profiter la part qu'ils répudient?..... 195
— L'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir au don à lui fait, peut-il retenir sur ce don la quotité disponible et la réserve cumulées?..... 196
— Arguments pour l'affirmative..... 197
— Arguments pour la négative..... 200
— Conclusion dans le sens de l'affirmative..... 205
Recrutement. — Classe de 1853. — Police d'assurance. — Résiliation.. 350
Régime dotal. — Communauté..... 420
Reprises et prélèvements. — Femme, préférence..... 522
— Les époux exercent entre eux leurs reprises et prélèvements à titre de propriété..... 406
— Mais vis-à-vis des créances de la communauté, la femme, soit qu'elle y renonce, soit qu'elle l'accepte, ne peut être payée de ses reprises que par contribution avec les créanciers de la communauté..... 408 et 522
— C'était la règle constante sous l'ancienne jurisprudence..... 549
Séparation de corps, étrangers, mesures provisoires..... 509
— Révocation des donations, effet résolutoire..... *Ib.*
Servitude. — V. Action possessoire.
Substitution. — Aïeul. — Petit-fils..... 305 et 512
Testament public, déclaration de ne pouvoir signer, lecture, mention, cassation, appréciation..... 512
Transcription. — Du projet de loi relatif à la transcription considérée comme moyen de consolider les propriétés..... 157
— Des actes et des droits qui y doivent être soumis..... 159
— Des actes qui en doivent être affranchis..... 167
— Du mode de transcription..... 173
— Si les actes sous seing privé doivent être admis à la transcription..... 175
Usages anciens (inédits) d'Anjou..... 136
Vendeur. — Privilége..... 448
Vente. — Non paiement. — Résolution conventionnelle..... 314
— V. Action et résolution.
Vocabulaire, langage juridique. — Utilité de l'étude des mots.
— International, mort civil, sanité d'esprit, donation à titre onéreux, donation contractuelle..... 566

Digitized by Google

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

AMB. VENTE : Exposition et délaissement d'enfant..... 577

ATH. M... : Bibliographie. — Le code de la veuve, de la femme délaissée, etc., par M. Venant..... 399

AUPÉIN : De l'influence de Dumoulin sur la législation française; (3e article)..... 27
(4e article)..... 261

BENECH : Examen critique des études historiques et critiques sur les actions possessoires de M. de Parieu..... 377

BERGSON ET MITTERMAIER : Traduction de l'article de M. Mittermaier sur le 4e volume de l'histoire du droit français de M. Laferrière..... 474

COIN-DELISLE : Examen doctrinal d'août 1853..... 305
— Notes et observations diverses..... 566

G. DEMANTE : Études critiques sur les origines romaines du droit français..... 448

DORLENCOURT : De l'action possessoire relativement aux servitudes discontinues..... 188

G. DUFOUR : Du pouvoir réglementaire attribué aux maires à l'effet de pourvoir à la sûreté et à la commodité du passage dans les rues et places, à la conservation de la tranquillité publique et au maintien du bon ordre dans les foires et marchés et dans les spectales..... 244

FAUSTIN HÉLIE : Examen doctrinal des principaux arrêts rendus en matière criminelle pendant 1853 : 1er article..... 97
(2e article)..... 220

GEORGE GENREAU : Questions sur la vente..... 492

HIPPOLYTE GRELLET : Examen critique de l'essai sur les récompenses dans le régime de la communauté légale par M. Mennesson..... 83

L. GROS : De l'action possessoire relativement aux servitudes discontinues..... 397

KŒNIGSWARTER : Notice nécrologique sur Corneille Anne Den Tex... 488

LACORDAIRE : Discours de réception à l'Académie de législation de Toulouse..... 191

LAFERRIÈRE : De l'alliance des études littéraires et juridiques..... 92
Examen critique des anciens usages inédits d'Anjou publiés par M. Marnier..... 136

Digitized by Google

Pages.

MARCADÉ : Questions sur la possession..... 459
Examen doctrinal d'août 1853..... 504
MIMEREL : Examen critique des repétitions écrites sur le Code de commerce de M. Rivière..... 300
Examen doctrinal de juillet 1853..... 401
MITTERMAIER : Histoire du droit français par M. Laferrière..... 476
MOURLON : De la preuve contre et outre le contenu aux actes..... 114
NICIAS GAILLARD : Éloge historique du président Barnabé Brisson..... 45
— Bibliographie..... 586
NICOLIN : De la loi portant augmentation du contingent de la classe de 1853 et des polices d'assurance..... 350
ORTOLAN : Des délits continus, autrement dit successifs, et délits d'habitude..... 323
PAUL JANET : Examen critique du Contrat social de Jean-Jacques Rousseau..... 426
PAUL PONT : Examen doctrinal de juin 1853..... 1
Observations à propos du projet de loi sur la transcription. 157
Questions notables sur les divers régimes d'association conjugale : — Communauté, reprises, femme, privilége. 522
PEYRÉ : Du régime des caisses d'épargne dans ses rapports avec les règles de la législation civile..... 364
PHILIPPE FLAMM : De la distribution par contribution en cas de concours de créanciers saisissants avec un cessionnaire.... 337
SÉLIGMAN : Questions sur la possession..... 68
SERRIGNY : Acquisitions d'immeubles en France par des établissements publics étrangers..... 356
TROPLONG : De la détermination de la quotité disponible et de la réserve ; de l'accroissement et du cumul en cas de renonciation par l'enfant donataire..... 193
VALETTE : Notice nécrologique sur Fœlix..... 86

Bayerische Staatsbibliothek München
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

W. Aumann
Buchbinderei
24. OKT. 1997
Digitized by Google